



في الأسوال

المنقولات والمقارات . الملكية على اختلاف أنواعها .
الحقوق الميمنية العقارية والمنقولة المختلفة . وسائل اكتساب الحقوق الميمنية .
وضع اليد والتقادم . الشفعة وأحكامها . شرح قانون التسجيل
الجديد رقم ١٨ سنة ١٩٢٣ . الخ الخ

تأليف

الدكتور عبد السلام هادي بك

مدرس القانون المدني بكلية الحقوق بالجامعة المصرية
دكتور في الحقوق (العلوم القانونية ، والعلوم السياسية والاقتصادية)
محام لدى محاكم الاستئناف

هو كافة الحقوق محفوظة للمؤلف

مطبعة الإعتدال بشارع حسن الأبراهيم

١٩٢٤ - ١٩٢٦ م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كلمة

وددنا سنة ١٩٢٢^(١) لو أن تحقق مصر أملاً من آمالها الجملة وتصبح لغة البلاد لغة للتعليم في معاهدها العلمية العالية . وقد حقق الله الأمل وأصبحت العلوم القانونية تدرس بدار الحقوق باللغة العربية . وأصبح هذا العهد الحاضر عهد فتح جديد في التأليف تثقل فيه الامة من دور خسر العلم في طائفة الناطقين باللغات الاجنبية ، الى تعميم العلم على الافراد ، ليدوع اللغة العربية بين الكل ، وهي اداة التفاهم العامة ، وقوام القومية الصحيحة . ولقد ابلينا نحن القائمين بمهمة التعليم في هذا العهد المحفوف بالمصاعب بلاءً ذقنا في اجتياز طريقه من وفرة المتاعب ووعورة المسالك ما نطمع معه ان نكون قد قننا بالوفاء ببعض الدين في ذمتنا نحو بلادنا . وكأنا ونحن في هذا العهد الاول ، دور الانتقال من حال الى حال ، طلائع تعمل على تمهيد الطريق للجيش الزاحف بخيله ورجله . حتى اذا ما سار خلفاؤنا بعدنا وجدوا الطريق مطروقاً من

(١) قلنا بكتابتنا في المداينات أو الالتزامات بالجواز الاول من الامتبات صفحة ٦٥ سنة ١٩٢٢ ما يأتي : « لذلك نالح في ضرورة تعليم القانون باللغة العربية ، فترقى اللغة وتربط العلم الحاضر بعلم أجدادنا الغابر ، وتتصل مصرنا المصرية بمصرنا السابقة فيلشأ المحققون بمصر ولم تنقطع بهم رابطة الماضي حتى لا يشعرون بفراغ وراءهم وإهلام أمامهم بل « كلما كانت الصلة بين الحاضر والماضي متينة كلما كان الرقي أكث في الرسوخ والبقاء » كما قال بحق المشترع الألماني المرووف « اهرنج Ihering » بكتابه « في روح القانون الروماني L'esprit du droit romain » الجزء ٣ صفحة ٢٠٧ »

آبائهم فيسيرون فيه وقد اطمأنت قلوبهم . واذا ما وصلوا أقاموا بعدنا
صروح العلم بما أوتوا من عزيمة حارة وجلد ثابت . وبذا تتصل أعمال الأبناء
بعمل الآباء ، اتصالاً لجمته روح التضافر القوي الدائم ، وسداه الرغبة الأكيدة
في خلود البلاد خلوداً لائقاً بماضيها ، يحفظ لها كيائها في هذا التزاحم العالمي
المضطرب . والله الموفق مـ

عبد السلام زهني

الزمالك في ١٥ فبراير سنة ١٩٢٦

مؤلفات المؤلف

١ — باللغة العربية

أولاً — الكتب :

- ١ — مسئولية الحكومة المصرية باعتبارها صاحبة الولاية العامة « الجزء الاول » مطبعة المعارف سنة ١٩١٤
- ٢ — مسئولية الحكومة المصرية باعتبارها صاحبة الولاية العامة « الجزء الثانى » مطبعة المعارف سنة ١٩١٥
- ٣ — المداينات أو الالتزامات « الجزء الاول . فى الادلة » مطبعة المعارف سنة ١٩٢٢
- ٤ — المداينات أو الالتزامات « الجزء الثانى . فى الادلة » مطبعة هندية سنة ١٩٢٣
- ٥ — الالتزامات ، النظرية العامة ، مطبعة مصر سنة ١٩٢٥
- ٦ — فى التأمينات الشخصية والعينية : الكفالة ، والرهن الحيازى والمنقول والعقارى ، والرهن غير الحيازى العقارى ، والامتيازات ، وحق الحبس . مطبعة الاعتماد سنة ١٩٢٦

ثانياً — المقالات :

- ١ — نهضة القانون « تضافر الفقه والقضاء » العلم والعمل : مجلة الشرائع السنة الثالثة ص ٣٩٨ — ٤١٢ ، المقال الاول سنة ١٩١٦ (مناسبة ظهور كتاب شرح البيع لحلى باشا عيسى سنة ١٩١٦)
- ٢ — نهضة القانون ، تضافر الفقه والقضاء ، العلم والعمل ، مجلة الشرائع السنة الثالثة ص ٥٧٧ — ٥٨٦ ، المقال الثانى سنة ١٩١٦
- ٣ — مرافعات الدكتور أبو هيف ، الكتاب البكر فى « فن القانون » ، بشائر رقى الفقه ، مجلة الشرائع السنة الرابعة ص ١ — ١٨ سنة ١٩١٦
- ٤ — فى اقامة الدعوى العمومية من قبل محكمة الجنايات من الوجهة الفنية

القانونية والنظامية : Droit de l'évocation de l'action publique

au point de vue de la technique juridique et du droit

public interne مجلة الشرائع السنة السادسة ص ٢ — ٢٤ سنة ١٩١٨

٥ — في المسؤولية المدنية للأفراد . لمحتان تاريخية وتشريعية : مجلة المحاماة

السنة الثالثة ص ٣٧٥ — ٣٨٥

ثالثاً — مذكرات لطلبة الحقوق وغيرهم :

١ — مذكرات في القانون الروماني . في الاحوال الشخصية عند الرومان .

سنة ١٩٢٢ — ١٩٢٣

٢ — مذكرات في القانون الروماني . في نظرية الاشياء عند الرومان سنة

١٩٢٢ — ١٩٢٣

٣ — مذكرات في القانون الروماني . في نظرية الالتزامات عند الرومان سنة

١٩٢٢ — ١٩٢٣

رابعاً — كتب تحت الطبع :

١ — القانون التجاري : الاعمال التجارية ، العقود التجارية على اختلاف

أنواعها ، الشركات

خامساً — كتب في التخصيص

الجزء الثالث من كتاب مسؤولية الحكومة المصرية باعتبارها صاحبة الولاية

العامة ، وهو القسم العملي القضائي

مؤلفات المؤلف

٢ — بالانغة الفرنسية

Du même auteur :

- 1.— **Abd El Salam Zohny.** La responsabilité de l'Etat égyptien-
à raison de l'exercice de la puissance publique, Tome I, Georg
Lyon, P. Geuthner, Paris, 1914.
- 2.— Même auteur, même titre, Tome II, mêmes Librairies.
- 3.— Le coton égyptien, son importance dans la vie sociale et écon-
omique de l'Egypte, Willefranche, 1921

﴿ بيان الرموز ﴾

Bulletin des lois et de jurisprudence égyptiennes.	م ت ق ، ١٨٤٣
المجلد ٣ صفحة ١٨ (ويرمز لها باللفة الفرنسية B. L.)	
نريد بذلك المجلد الثالث والصفحة ١٨ من مجلة م ت ق . والمجلة هذه لا تشرع الا الاحكام الصادرة من محكمة الاستئناف المختلطة	١٨٤٣
المجموعة الرسمية للمحاكم الاهايه المجلد ٣ صفحة ٣٨ رقم الحكم ٢٠ ويرمز لها بالفرنسية B. O.	م ز ا ، ٣ ص ١٨ عدد ٢٠
المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة Recueil officiel des arrêts de la Cour d'appel mixte.	م ر م ، ١٨٤٣
(ويرمز لها باللغة الفرنسية R. O.) المجلد ٣ صفحة ١٨	
مجلة المحاماة المجلد ٣ صفحة ١٨ رقم الحكم ٢٠	م ، ٣ ص ١٨ عدد ٢٠
مجلة الشرائع المجلد ٣ صفحة ١٨ رقم الحكم ٢٠	ش ، ٣ ص ١٨ عدد ٢٠
مجلة سيرى Sirey الفرنسية سنة ١٨٩٨ القسم الاول صفحة ١٨	س ، ١٨٤٩٨
مجلة دالوز Dalloz الفرنسية سنة ١٨٩٨ القسم الاول صفحة ١٨	د ، ١٨٤٩٨
مجلة جازيت المحاكم المختلطة بمصر Gazette des tribunaux mixtes d'Egypte	جا ، ٣ ص ١٨ عدد ٢٠

المجلد ٣ صفحة ١٨ رقم الحكم ٢٠	
الجدول العشري الاول للمحاكم المختلطة	ج ع ١ ص ١٨ ن ١٩
Table décennale صفحة ١٨ نبذة ١٩	
الجدول العشري الثاني الخ	ج ع ٢ ص ١٨ ن ١٩
» » الثالث »	ج ع ٣ ص ١٨ ن ١٩
محكمة الاستئناف الاهلية بمصر	استئناف
محكمة الاستئناف المختلطة باسكندرية	استئناف م
كتاب القضاء المصرى الاهلى جمع	مجموعة جمال ج ١ ص ١٨ ن ١٩
وتأليف ابراهيم افندى جمال المحامى ،	
الجزء الاول ص ١٨ نبذة ١٩	
نفس الكتاب جزء ثان	مجموعة جمال ج ٢ ص ١٨ ن ١٩
مجموعة الاحكام الصادرة فى السنين العشر	مجموعة حمدى السيد مدنى ص ١٨ ن ١٩
الاخيرة من سنة ١٩٠٧ — سنة ١٩١٧	
تأليف محمد حمدى بك السيد القاضى ،	
جزء المدنى صفحة ١٨ نبذة ١٩	
كتاب التعليقات القضائية على قوانين	تعليقات جلاد مدنى ص ١٨ ن ١٩
المحاكم المصرية ، جزء المدنى صفحة ١٨	
نبذة ١٩ تأليف جلاد بك	
قضاء المحاكم الاهلية من ١٩٠٠ — ١٩٢٠	عياشى ص ١٨ ن ١٩
بقلم الاستاذين جورج روفائيل عياشى	
والياس روفائيل عياشى المحامين بقلم	
قضايا الاشغال صفحة ١٨ نبذة ١٩	
مرجع القضاء لواعظه عبد العزيز بك	مرجع ٢ ص ١٨ ن ١٩
ناصر الجزء الثانى صفحة ١٨ نبذة ١٩	

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فى الاموال

تمهيد

الانسان والاموال

١ — يتناول القول هنا أولاً . الانسان باعتباره مخلوقاً صاحب حقوق
ثانياً : الاشياء باعتبارها كائنات تتقرر عليها حقوق للانسان
أولاً : الانسان هو المخلوق الذى أوجده الله فى هذا العالم الحيوى لينتفع بما
أرصدته له الطبيعة من الاشياء المختلفة . والقانونيون يُعنون بدرس أحوال الانسان
من حيث ما اختص به وحده من الخصائص الموقوفة عليه ومن حيث اتصاله بابناء
جنسه . أى يدرسونه من حيث أهليته على اختلاف أنواعها فى الزواج والطلاق
مثلاً ومن حيث مميزاته باعتباره كائناً حيوياً كولادته ووفاته . وقد تكفل بهذا
القسم قانون الاحوال الشخصية لقدرى باشا وقوانين أخرى منفردة كالقانون
الاخير الخاص بالمحاكم الشرعية^(١) وقانون الولادة والوفاة (قانون ١١ أغسطس
سنة ١٩١٢ رقم ٢٢) وقانون المجالس الحسبية^(٢) وقانون الطلاق والمدة والنفقة
الذى صدر أخيراً^(٣)

(١) والمعروف بلائحة المحاكم الشرعية (قانون رقم ٢٥ سنة ٩٠٩ ورقم ٣١ سنة ٩١٠
ورقم ٢٣ سنة ٩٢٠)

(٢) مرسوم ١٩ نوفمبر سنة ١٨٩٦ و مرسوم ١٧ فبراير سنة ٩٨ و مرسوم ٤ يونيو
سنة ٩٠٠ وقانون رقم ٥ سنة ٩١١ الخاص بانشاء مجلس حسبي حال . ووزارة الحقانية تشتغل
الآن بوضع قانون جديد للمجالس الحسبية قامت حوله ضجة من ناحية بعض رجال الطوائف
المسيحية وسيظهر قريباً

(٣) قانون رقم ٢٥ سنة ٩٢٠ وهو قانون هام . ولقد وضع فى شرحه الاستاذ عبدالفتاح بك

ولما كان هذا القسم من أحوال الإنسان ماساً بالشريعة الدينية التي يدين بها قاطنو مصر من مصريين مختلفين ومن أجنب أيضاً رأى أغاب فقهاء مصر في القانون المدني أن لا يتعرضوا لهذا البحث وتركوه لاعلام الشريعة الاسلامية . وغالطهم بحق في ذلك فتحى زغلول باشا^(١) اذ جعل شرحه للقانون المدني شاملا أحوال الانسان جميعها وصور معاملاته مع الغير

ثانياً : هذا هو الشطر الاول من حيث درس الانسان . أما الشطر الثاني فهو درس الاشياء أى الموجودات الطبيعية وما يتقرر عليها من الحقوق المختلفة للانسان نحو الانسان . وهذا الشطر اما أن يتعلق بأحد مصادر الالتزامات أى العقود^(٢) واما يتعلق بدرس الاشياء من حيث تقرير الحقوق المقررة للانسان عليها كحق الملكية وحق الارتفاق وغير ذلك

وهنا تقصر بحثنا على درس الاشياء من حيث تقرير الحقوق المقررة للانسان عليها ولا تعرض لبحثها من حيث كيانها الطبيعي أى مادتها فان ذلك خارج عن مهمة القانون

الا أننا في درسنا للاشياء من حيث الحقوق المقررة للانسان عليها فانه لا بد حتماً من ملاحظة أن هذه الحقوق لا يمكن أن تعتبر حقوقاً بالمعنى القانوني الا اذا وجد أكثر من شخص واحد أى شخصين أو أكثر يتنازحان هذا الحق . اذ الحق لا يمكن أن يكون كذلك^(٣) الا اذا تقرر لانسان ازاء انسان . والا لا يعتبر حقاً ما دام لا منازع ينزع فيه . وتستحيل الحياة الا بكثرة الاشخاص . كأن

السيد رسالة في الدكتوروا سنة ٩٢٢ بعنوان

De l'étendue des droits de la femme dans le mariage musulman, Dijon, 1922.

وقانون بتحديد سن الزواج (قانون ١١ ديسمبر سنة ٩٢٣ رقم ٥٦ . ومذكرته الايضاحية بمجلة المحاماة المجلد ٤ ص ٣٩٩ واثلاثة الفرنسية بمجورنال المحاكم المختلطة عدد ١٢٢ سنة ٩٢٤ ص ٦ المامود الثالث)

الحق ملازم لكثرة المتراجمين . فالزاحمة والحق متلازمان فلا منازعة ولا مزاحمة الا عند وجود الحق . ولا حق الا عند وجود المنازعة سواء كانت المنازعة فعلية واقعة ، أو محتملا وقوعها فيما بعد من الشخص الموجود الآن وغير المنازع والذي يمكن أن ينازع فيما بعد . لهذا كان درسنا للاشياء من هذه الوجهة درساً قانونياً لا طبيعياً . أى من جهة الحقوق التى تقرر للانسان نحو الانسان على الاشياء والاشياء والاموال ^(١) هى المفردات التى تتكون منها ثروة الانسان ^(٢) أى الاموال هى الاشياء ^(٣) التى يمكن أن تكون محلاً لحق من الحقوق وأن تكون ذات قيمة مالية ^(٤) وسنتكلم على الاموال والثروة معاً ثم على أهم الحقوق العينية التى تنصب على الاشياء

فى أقسام الاموال

٢ - تنقسم الاموال الى الاقسام الآتية :

فى الاموال وفى الثروة بوجه عام

٣ - للاشياء أو الاموال جملة تقسيمات ، ونقصر التقسيم هنا على ما هو أوسع مجالا وأفسح نطاقا بما يتمشى على جميع الاموال ^(٥) اذ تنقسم الاموال الى قسمين عظيمين : (١) أموال مادية ^(٦) وأموال معنوية ^(٧) : (٢) وعقارات ^(٨) ومنقولات ^(٩)

وأما التقسيمات الأخرى فانه سيأتى ذكرها فى مكانها من حيث الآثار القانونية

Choses (٣)	Patrimoine (٢)	Biens (١)
(٤) فيها يتعلق بمال الانسان أو ثروته أنظر كتابنا فى الالتزامات ص ٨١ ن ٢٤ وما بعده		
Biens corporels (٦)	Summae divisiones (٥)	
Meubles (٩)	Immeubles (٨)	Biens incorporels (٧)

المترتبة عليها وهي تقسيم الاشياء الى أشياء قابلة للتملك ^(١) وإلى أشياء غير قابلة للتملك أى أشياء عامة ^(٢) وإلى أشياء قابلة للاستهلاك ^(٣) أو غير قابلة للاستهلاك ^(٤)

في الاموال المادية والاموال المعنوية

٤ — الاموال المادية هي ما كان لها وجود مادي مرن ومحسوس ^(٥) وتشمل جميع الأشياء المرصودة على منفعة الانسان لقضاء حاجاته منها مثل الارض والمعادن والنباتات والحيوانات وغير ذلك

والاموال المعنوية على العكس من ذلك هي ما كان لها وجود خيالى ^(٦) تخيله الانسان وقدر له قيمة مالية . مثلاً قصيدة الشاعر وابتكار رجل الفن واختراع العالم واسم التاجر وعلامة المصنع والعمل الذى تمهد المدين بادائه وحق المؤلف على كتابه ^(٧)

هذا من الوجهة المنطقية الصرف . على أن رجال القانون قد توسعوا في بيان حدود هذه التفرقة اذ جعلوا من الاشياء المعنوية جميع الحقوق ^(٨) . وهي أولاً جميع الحقوق الشخصية ^(٩) أو حقوق الدائن أى حقوق الدائنية ^(١٠) وثانياً جميع الحقوق العينية ^(١١) ما عدا حق الملكية . ورجع القانونيون في ذلك الى ماورد بالكتاب الذى أعده الامبراطور جوستنيان لطلبة الحقوق ^(١٢) والسبب في ذلك الخلط بين شيئين مختلفين وهما الأشياء من جهة والحقوق

Choses susceptibles d'être appropriées (١)

Choses consommables (٣) Res communes (٢)

Quae langi possunt (٥) Non consommables (٤)

٨٣ ن ٨١ (٧) كتابنا في الالتزامات Abstract (٦)

Droits de créance (١٠) Droits personnels (٩) Droits (٨)

Institutes de Justinien (١٢) Droits réels (١١)

المقررة عليها من جهة أخرى انما يرجع الى أن الأشياء لا تعتبر أموالا ، أى لا تعتبر ذات منفعة اقتصادية للانسان ، الا لكونها محلا لحقوق تنقرر للانسان عليها . وكان يجب منطقياً بناء على هذا التحليل أن يقال بأن الذى يعتبر مالا بالمعنى الصحيح هو نفس الحقوق بذاتها المتوقعة على الاشياء أى الحقوق العينية لا الاشياء ذاتها . وهى الحقوق التى تستحيل فى النهاية الى حقوق الدائنية ^(١)

٥ — هذا ومن الحقوق المقررة للانسان على الاشياء حق الملكية ^(٢) وهو ذلك الحق الذى يجمع تحت كنفه جميع الحقوق التى يمكن ادراكها بالنسبة لشيء المحمل بهذا الحق . وحق الملكية هذا ، وهو حق الاستفادة من الشيء استفادة اقتصادية جامعة ، يمتزج كل الامتزاج مع الشيء نفسه حتى جرت العادة فى مجال العرف الى اعتبار الملكية والشيء واحدا دون تمييز بينهما فبدلاً أن يقال لى على هذه العماره حتى الملكية اذ يقال هذه العماره ملكى . وعلى خلاف ذلك جميع الحقوق العينية الاخرى مثل حق الانتفاع ^(٣) وحقوق الارتفاق ^(٤) والرهن التأمينى ^(٥) فانها لا تمتاز مع الاشياء المحملة بهذه الحقوق . وسبب ذلك أن هذه الحقوق العينية الاخرى لا تمكن أصحابها من الانتفاع بالاشياء المحملة بها استفادة عامة شاملة . ولذا لا يجوز لصاحب الرهن التأمينى على عماره أن يقول هذه العماره ملكى ، فى سبيل التدليل على حقه المقرر له عليها . اذا تقرر ذلك أمكن القول بأن حقوق الدائن ^(٦) لا يمكن هى الاخرى من باب أولى أن تمتاز بالاشياء المرصودة لحماية الدائن فى حقوقه هذه ^(٧)

ولهذا السبب عمل الرومان ومن جاء بعدهم من رجال القانون فى الوقت الحاضر على اخراج حق الملكية من طائفة الحقوق العينية التى جعلوها فى عداد الاموال

(١) Droits de créance فيما يتناق بحقوق الدائنية أنظر الالتزامات — ص ٧٩ ن ١

(٢) Propriété (٣) Usufruit (٤) Servitudes

(٥) Hypothèque (٦) Droits de créances

(٧) حق الملكية : الالتزامات ص ٧٨ ن ٨٠

المعنوية . أى اعتبروا الحقوق العينية أموالا معنوية واستثنوا منها حق الملكية ، باعتبار أن حق الملكية لا يمكن تمييزه عن الشيء نفسه المحمل بهذا الحق وإذا كان من المنطق الصراح أن يقال بأن الحقوق المتصلة بالاشياء هى نفس الاشياء وبذاتها ترتب على ذلك ، الجهر بالقول بأن الاموال المادية هى ملكية الاشياء المادية ^(١)

في العقارات والمنقولات

في التعليل التازيخي لهذا التقسيم

٦ — لهذا التقسيم أيضاً اعتبارات عقلية صرف واعتبارات قانونية . فمن حيث الاعتبارات العقلية تعتبر العقارات ما كان لها مستقر دائم ^(٢) بحيث لا يمكن نقلها كالمنزل والفيط . والمنقولات هى ما أمكن نقلها من مكان الى مكان كالكتاب . وبناء على ذلك يعتبر هذا التقسيم تفريعا عن التقسيم الاول القائل بالاموال المادية والمعنوية . وعلى هذا جرى الرومان اذ لم يعلقوا أهمية كبرى على تقسيم الاموال الى عقارات ومنقولات حيث كانوا يجمعون النوعين خاضعين لاصول واحدة فى اكثر المظاهر القانونية

وجاء القانون المدنى الفرنسى سنة ١٨٠٤ ونقل بالمادة ٥١٦ منه هذا التقسيم العقارى والمنقول واتبع فيه طريقة قانون العادات الفرنسى ^(٣) وجعل هذا التقسيم تقسيما أصليا ^(٤) بدلا من أن يكون تقسيما تفريعا عن التقسيم الاول المادى والمعنوى . وقرر فى المادة ٥١٦ المذكورة ما يأتى : « تنقسم جميع الاموال الى منقولة وثابتة » وقلده فى ذلك الشارع المصرى المختلط سنة ١٨٧٥ بالمادة ١٥ والشارع الاهلى سنة ١٨٨٣ بالمادة الاولى مدنى مع حذف كلمة جميع وقررت المادتان ما يأتى : « تنقسم الاموال الى منقولة وثابتة »

وبهذا التعبير جعل الشارح الفرنسي والمصري الاموال المادية داخله تارة بالاموال المنقولة وطوراً بالاموال الثابتة وعلى ذلك يمكن القول بأنه توجد هناك أربعة أنواع للاموال (١) الاموال الثابتة الحقيقية^(١) (٢) الاموال الثابتة المعنوية . (٣) المنقولات الحقيقية . (٤) المنقولات المعنوية . وهذا النوع الاخير ذو أهمية عظيمة خاصة لانه تندمج فيه جميع حقوق الدائنية^(٢) وله في الوقت الحاضر قيمة اقتصادية لامثيل لها كالاوراق المالية بالبورصة واسهم الشركات وسنداتهما وغير ذلك

٧ - في تطور هذا التقسيم : وقد اختلفت تقسيم الاموال الى منقولة وثابتة اعراض هامة في طريق انتقال هذا التقسيم من العصور الماضية الى العصور الحاضرة ذلك لانه كان من المعروف قديماً في الاوقات المشبعة بالمبادئ الخاصة بنظام الاشراف والاقطاعات^(٣) ان الاراضى هي العامل الاكبر في تكوين ثروة الانسان . وكان تتصل بملكية الاراضى كرامة الاسرة ومركزها الادبي بين الاسرات . وعلى النقيض من ذلك المنقولات لما كان بها من الضعف المعروف في الانتاج الصناعي ولدورة المهادن النفيسة . ولذلك كانت مشهورة بتفاهة القيمة^(٤).

وترتب على تفوق الاموال الثابتة على الاموال المنقولة في الاوقات السالفة نتیجتان :

أولاً - العقار ثروة الاسرة : أحاط القانون الاموال الثابتة بفهمات خاصة وقرر في سبيل التصرف فيها قيوداً لم تعرف في الاموال المنقولة . ورسم لها قواعد وأصولاً تضمن بقاء الاموال الثابتة ملكاً للاسرة في حالتى الزواج والميراث بعد الوفاة . اذ كان للاموال الثابتة أصول خاصة في حالة توارثها عن آباء وأجداد

المتوفى، وهى أصول تخالف الاصول المقررة للاموال المنقولة فى الميراث . وكان يجوز للنزيل فى عصر النبلاء والاشراف حق استرداد المبيع^(١) الامر الذى ترتب عليه تعطيل حرية التعامل بين الافراد والتصرف فى العقارات

ثانياً — دبرع اليراد السنوى عقار : ونظراً للاهمية الاقتصادية والاجتماعية المقررة للاراضى من حيث محصولها الدورى الذى لا ينفى أبداً وأنها ذات ايراد مستمر ، ومن حيث أنها السند الدائم والعامل القوى لثروة الاسرة ، نظراً لذلك كله قرر القضاء الفرنسى قديماً أنه يعتبر من ضمن الاموال الثابتة على سبيل المجاز أو العقارات المجازية أو الحكيمة^(٢) جميع الاموال المعنوية التى تشترك مع الاموال الثابتة الحقيقية من حيث دوام الربح الدورى مثل حقوق الدائنية المفرغة فى قالب الايراد المستمر^(٣) كالايراد العقارى^(٤) والحرف المحتكرة^(٥)

أما حقوق الدائنية العادية فانها كانت ملحقة بالمنقولات فى حالتى الزواج والميراث ويرجع ذلك الى ضعف المعاملات التجارية فى تلك العصور والى تحريم التسليف بفوائد وكانت الاموال المنقولة المادية منها والمعنوية سواء فى عدم الاهمية وتقررت اذ ذاك تلك القاعدة المعروفة أن « لا قيمة للمنقول »^(٦)

فى تقوى العقار على المنقول : وجاءت الثورة الفرنسية سنة ١٧٨٩ وأبطلت حقوق النبلاء وامتيازات الاشراف والحرف المحتكرة وجعلت المرتبات فى عداد حقوق الدائنية العادية

هذا ولما قطعت المدنية أشواطاً بعيدة بعد الثورة فى سبيل التقدم الصناعى والتجارى الذى امتاز به القرن التاسع والعاشر أصبحت ملكية المنقولات ذات أهمية خاصة وعلى الاخص المعنوى منها كالسندات^(٧) والاوراق المالية ذات القيمة المالية^(٨) وهى أهمية وليدة التقدم الاقتصادى بوجه عام ولم تكن معروفة بها من قبل

Rentes (٣)	Immeubles fictifs (٢)	Retrait féodal (١)
	Offices (٥)	Rentes foncières (٤)
Valeurs (٨)	Titres (٧)	Res mobilis res vilis (٦)

٨ - **التشريع الفرنسى** : ولما جاء الشارع الفرنسى ووضع قانونه سنة ١٨٠٤ رأى المحافظة على ما كان معروفاً قديماً من تقوى الثابت على المنقول فصاغ قانونه على هذا الاعتبار وقرر أصولاً وقواعد أرصدها بلا حق على الثابت دون المنقول بعد أن أهمل العناية بالآخر وكان فى ذلك متأثراً بالقاعدة القديمة القائلة « بأن لا أهمية للمنقول »^(١)

ولكن كان للتقدم الاقتصادى بجميع وجوهه رد فعل اذ انعكست الآلية وأصبحت المنقولات ذات قيمة عظيمة جداً فى عالم الحياة العملية . وصدرت قوانين خاصة بعد سنة ١٨٠٤ حاجت ما فات شارع سنة ١٨٠٤ من معالجته كالتقانون الخاص بضيايع وسرقة السندات لحاملها سنة ١٨٧٢ والتقانون الخاص بالتصرف وتحويل الاوراق المالية المنقولة المملوكة للقصور والمحجور عليهم (بفرنسا) على أن الشارع الفرنسى لم ينس بعد أهمية المقارات وما لها هى الاخرى من الاثر الظاهر فى عالم الحياة الاقتصادى اذ قرر بقانون سنة ١٨٨٤ الخاص بنقابات العمال عدم التجوز لها بتملك المقارات الا بالقدر المناسب للاجتماع ولدار الكتب ولنشر مبادئ الحرف . وكذلك الحال بشأن قانون سنة ١٨٩٨ الخاص بشركات التعاون^(٢) وكقانون سنة ١٩٠١ الخاص بالجمعيات^(٣)

٩ - **التشريع المصرى** : ولقد تأثر الشارع المصرى مختلطاً وأهلياً بهذه النظرية الفرنسية فوضع قوانينه وهو مشبع بالروح الفرنسية . ووجه الشارع المصرى عنايته أيضاً الى ضرورة تمييز العقار عن المنقول . نعم ولو أنه لم يشرع لنقابات العمال كالشارع الفرنسى ولا للجمعيات على اختلاف أنواعها الا أنه نظر الى المقارات أيضاً نظرة ثم على رغبته فى اقساط العقار قيمة أكبر من المنقول وأكبر دليل على ذلك قانون خمسة الافدنة (قانون أول مارس سنة ٩١٣ رقم ٤

Société de secours mutuels (٢)

Res mobilis, res vilis (١)

Associations (٣)

أهلى و ٢٨ نوفمبر سنة ٩١٢ رقم ٣١ مختلط المعدل بقانون ٢٧ ابريل سنة ٩١٣ رقم ٩ مختلط والمعدل بقانون ٤ ابريل سنة ٩١٦ رقم ٤ مختلط)
وأما التشريع الاجنبى الآخر كالتشريع الالمانى والسويسرى فانه لم يعر هذا
التقسيم الى ثابت ومنقول نفس هذه الالهية

في نتائج التقسيم الى ثابت ومنقول^(١)

١٠ — لهذا التقسيم أهمية في الوقت الحاضر . منها :

(١) من حيث الطمأنينة في اكتساب الحقوق عند التصرفات

أولاً — العقارات : اذا حصل التصرف في عقار من شخص غير مالك جاز
للمالك الحقيقي حق رفع دعوى تثبيت ملكيته له ضد المتصرف اليه . ولأجل أن
يضمن المتصرف اليه أن العقار مملوك لمن يتعاقد معه قرر الشارع نظام التسجيل
فتخضع له التصرفات العقارية وانتقال العقار من يد الى يدين الاحياء وكذلك
نقل الحقوق العينية العقارية . فاذا جاء المتعاقد مع المتصرف وأراد معرفة ما اذا
كان الحق العيني العقارى قد سبق أن خرج من حظيرة المالك الى الغيرولى وجهه
شطر سجلات التسجيل فيعرف منها مبلغ ما يريد فيما اذا كان الحق العيني باقياً
كله أو بعضه . وقد تأيدت هذه القاعدة على الاخص بقانون التسجيل الحديث
الصادر في ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ رقم ١٨ و ١٩ ، بل ذهب هذا القانون الى أبعد
من ذلك ، فقرر أن الملكية لا تنتقل الا بالتسجيل (المادة الاولى منه)

ثانياً — المنقولات : وعلى تقيض ماتقدم حالة المنقولات اذ حق تثبيت الملكية
فيها للمالك الحقيقي عند التصرف فيها حق مغلول بقيود هامة . ذلك لان المشتري
للمنقول بحسن نية ومن غير مالك لا يخشى دعوى المالك الحقيقي عليه لانه محمى
بتلك القاعدة الهامة المعروفة بأن « حيازة المنقول بحسن نية سند الملكية »

(المواد ٤٦/٦٨ و ٨٧/١١٦ و ١٧٥/١١٨ و ٦٠٧/٧٣٣ مدني والمادة ٢٢٧٩ الفرنسية الشهيرة) وعلى ذلك لا تخضع التصرفات المنقولة لنظرية الاشهاد والاذاعة^(١) المعروفة في العقارات

(٢) ان وضع اليد على العقارات مضمون بدعوى خاصة وهى دعوى وضع اليد^(٢) المقررة لوضع اليد بصرف النظر عما اذا كان مالكا أو غير مالك وعلى خلاف ذلك في حالة المنقول اذ لم يتقرر لوضع اليد دعوى تضمن له وضع يده وهو ليس في حاجة اليها اذ يكفي أن يعتبر مالكا اذا ثبت أنه اشترى بحسن نية (المواد ٤٦/٦٨ وما بعدها السابق الاشارة اليها)

(٣) للتقدم المكسب^(٣) دورهام في حالة العقارات لان من اشترى عقاراً من غير مالك^(٤) بحسن نية وسبب صحيح (مسجل طبقاً لقانون التسجيل الجديد) يصبح مالكا له بعد مضي خمسة أعوام هلالية على وضع يده على هذا العقار (المادة ٧٦/١٠٢ مدني و ٢٣٦٥ فرنسي) واذا كان سيئ النية تملكه بمضي ١٥ سنة بلا عقد مسجل (المادة المذكورة و ٢٦٢ فرنسي)

والأمر على خلاف ذلك في حالة المنقولات اذ لا محل للاستعانة بالتقدم الا في حالة التملك بسوء نية أى اذا كان واضع اليد سيئ النية (اذا يملك بمضي ١٥ سنة) لان واضع اليد على المنقول بحسن نية يعتبر مالكا دون الحاجة الى وقت يدم يده ويؤيدها عليه (الا اذا كان المنقول مباعاً من تاجر يبيع هذا الصنف وكان المنقول مسروقاً أو ضائعاً فإنه يجوز للمالك الحقيقي حق استرداده لمدة لا تتجاوز ثلاث سنوات على شرط دفع مادمعه المشتري مع حق الحبس لهذا الاخير (المواد ٨٦/١١٥ و ٨٢/١١٦ مدني)

(٤) تخضع العقارات للرهن التأميني^(٥) دون غيرها . ولا يسرى الرهن

Actions possessoires (٢)

Publicité (١)

Non domino (٤)

Prescription أو Usucapion (٣)

Hypothèque (٥)

الرسمى على المنقولات في الاصل الا في حالات استثنائية كرهن السفن البحرية والمراكب النيلية ^(١) واذا كان لا يجوز رهن المنقول رهنًا رسميًا فانه يجوز رهنه رهنًا طاديًا من طريق تركه تحت يد الدائن تأمينًا لدينه ^(٢)

(٥) لا يجوز للقيم أو الوصى التصرف في عقارات محجوره الا بعد اجازة المجلس الحسبي وهذا القيد لا يتمشى الا على العقار دون المنقول (المادة ١٣ من مرسوم ١٨ نوفمبر سنة ١٨٩٦)

(٦) المحكمة المختصة في نظر النزاع هي المحكمة الموجودة بدائرتها المال فيما اذا كان عقاراً . وعلى العكس من ذلك فيما اذا كان منقولاً اذ ترفع الدعوى أمام محكمة محل اقامة المدعى عليه (المادة ٣٤ / ٣٥ مرافعات و ٥٩ فرسئى)
(٧) ان الحجز على المنقول أقل تكاليف ومصاريف عن الحجز على العقار

في الاموال الثابتة

١١ — هناك جملة طوائف للاموال الثابتة . فن العقارات المادية ما يأتى :

(١) العقارات بطبيعتها ^(٣) أى العقارات ذات المستقر الدائم كالاراضى والبيوت والبرك والمستنقعات والمعادن قبل استخراجها والاحجار قبل قطعها . والاشجار والحاصلات التى لم تنفصل عن الارض

(٢) الاموال الثابتة بالتخصيص أو بالتبعية ^(٤) وهى فى الحقيقة أشياء منقولة جعلها الشارع فى مصاف العقارات نظراً لما أعدت له هذه الاشياء لانها

(١) نص القانون التجارى البحرى بالمادة ٤ على اعتبار المراكب والسفن منقولا ولو أنه لم يرد نص بذلك فى القانون المدني . مرجع القضاء ج ٢ د ٨٣٥ . وفيما يتعلق بتسجيل المراكب النيلية enregistrement أنظر القانون رقم ٦٣ سنة ٩١٧ وقرار وزارة الاشغال فى ٢٥ سبتمبر سنة ٩١٧ مجموعة واتليه Wathlet ج ٢ ص ٨٧

Immeubles par nature (٣)

Gage (٢)

Immeubles par destination (٤)

موضوعة بالمقاررات من طريق التبعية لها أى لاجل أن تكون تابعة لمتبوع^(١) أى وفقاً على خدمتها

هذا وقد رأينا أن القانون جعل المادة الاولى مدنى القائلة بتقسيم الاشياء الى ثابتة ومنقولة تتمشى على الاشياء المعنوية من طريق التعميم أى على الحقوق تقسما من حيث هى . وعلى ذلك يوجد نوحان من الحقوق الثابتة^(٢) وهى :

٣ (المقاررات بالاتصال^(٣) : وهى جميع الحقوق التى يتحمل بها العقار ما عدا حق الملكية كما رأينا . وقد قررت ذلك المادة ٢ مدنى حيث قالت ما يأتى فى آخرها : « وكذلك الحقوق العينية المتعلقة بتلك الاموال أى الاموال الثابتة . »

٤ (المقارر برغبة المالك^(٤) وهذا خاص بفرنسا اذ يجوز للمالك بعض سندات مصرف فرنسا أن يجعلها ملحقة بالمقاررات اذا أظهر رغبته فى ذلك

٥ (المقاررات الموقوفة وغير الموقوفة . وسنوجز القول فى الموقوفة فيما بعد من حيث ارتباط أحكام الوقف بالقانون المدنى فى مجال المعاملات بين الافراد والآن نتكلم على كل نوع على حدة

١ - فى العقار بطبيعته

١٢ - العقار بطبيعته يشمل الاراضى والمباني (المادة ٥١٨ فرنسى)

١ - الرضاى^(٥) : هى المقاررات الحقيقية الاصلية وهى عبارة عن سطح الارض^(٦) وتحت الارض^(٧) (ويستثنى مما يتعلق بجزء تحت الارض

(١) à titre d'accessoires (٢) Droits immobiliers

(٣) Immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent

(٤) Immeuble par déclaration du propriétaire

(٥) Fonds de terre أى Sols

(٦) Surface (٧) dessous دالوز براتيك ج ٢ ص ٩١ ن ٩ و ١١ . والطوب المضروب والمستخرج

المناجم بفرنسا لأن المناجم تعتبر في ذاتها ملكية خاصة)

وكذلك النباتات^(١) والأعشاب^(٢) والأشجار^(٣) والشجيرات^(٤) ما دامت متصلة بالأرض بجذورها . والحبوب في سنابلها المعلقة بأعوادها المتصلة بالأرض^(٥) وأثمار الأشجار^(٦) التي لم تجن بعد (المواد ٥٢٠ و ٥٢١ فرنسي) . ويستفاد من ذلك أن هذه الأشياء طالما تظل متصلة بالأرض فهي تبقى عقاراً بحكم الاتصال وتزول صفة العقارية بزوال الاتصال . فالاتصال سبب أى علة والعقار مسبب أو معلول . أى تدور العقارية مع الاتصال دوران العلة مع المعلول أو السبب مع المسبب . وإذا انفصلت هذه الأشياء عن الأرض أعتبرت منقولة وزالت عنها صفة العقارية وتمتعت بذاتية خاصة بها وأدرجت في عداد المنقول بحكم عزلتها عن العقار واستقلالها بذاتها^(٧)

ولهذه القاعدة القائلة بعقارية النباتات والأثمار ما دام الاتصال قائماً بالأرض وباعتبارها منقولة إذا زال الاتصال ، لهذه القاعدة استثناء آت :

الاستثناء الأول : يجوز اعتبار محصولات الأرض قبل انفصالها عن الأرض منقولة مقدماً^(٨) في أحوال معينة ولا اعتبارات خاصة^(٩)

أولاً — يعتبر بيع المحصولات التي لم تحصد بعد^(١٠) (ويزاد على ذلك بفرنسا بيع قطع الغابات والأحراش في المستقبل^(١١)) ييما المنقول . وكذلك بيع قطع

من الأرض يعتبر منقولة طالما أنه لم يندمج بالبناء : ج ع ٣ ص ٧٢ ن ٧٦٩ . وتظن الأمر كذلك بشأن الاتربة أو السباخ المستخرج من الأرض ، إذ يتم منقولة بالاتصال وعقاراً بغيره . انما يجوز التبايع فيه كمنقول كما يجوز للتبايع في الطوب قبل فصل الاثنين عن الأرض

Végétaux (١) Herbes (٢) Arbres (٣)

Arbustes (٤) Récoltes encore pendantes (٥)

Fruits (٦) دالوز ٣٠ - ٣٨ (٧)

Par anticipation (٨) دالوز ٤٠ (٩) Récoltes sur pied (١٠)

Coupes de bois (١٢)

الاشجار المطلوب قطعها في المستقبل تعتبر أيضاً بيعاً لمنقول . ويترتب على ذلك ما يأتي :

- (١) تعتبر المحكمة المختصة بالفصل في النزاع القائم بشأن هذه البيوع محكمة محل اقامة المدعى عليه لا محكمة محل وجود المحصول والاشجار^(١)
- (٢) لا محل لتسجيل عقد البيع تسجيلاً ناقلاً للملكية طبقاً للمادة الاولى من قانون ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ رقم ١٨ و ١٩ ما دام أن البيع منصب على منقول لا على عقار

ثانياً — المحصولات والاثمار المتصلة بالارض تعتبر في حكم المنقول عند توقيع الحجز عليها قبل استوائها (المادة ٤٨٠ / ٥٤٤ مرافعات و ٦٢٦ فرنسى وذكريتو ٧ سبتمبر سنة ١٨٨٤ الخاص بالحجز الامتيازي الادارى المقرر للملاك الاراضى الزراعية والمادة ٤٨١ / ٥٤٥ مرافعات)^(٢)

ثالثاً — يقرر الشارحون بأن الارض اذا زرعت بمعرفة مستأجر مزارع^(٣) اعتبرت الثمار بالنسبة له منقولاً برغم بقاء اتصالها بالارض . وعلة ذلك أنه لما لم يكن للمستأجر المزارع حق على الأرض أصبحت الثمار ملكاً خاصاً له ، واعتبرت هذه الثمار ذات ملكية خاصة متميزة . وعلى هذا الاعتبار لا يمكن نتمها الا بأنها منقول^(٤)

الاستثناء الثانى : هذا الاستثناء على عكس الاستثناء المتقدم . ذلك أنه بينما قد علمنا بأن المحصولات والاثمار تعتبر منقولاً بمجرد فصلها من الارض ، فإنه يجوز مع ذلك أى مع فصلها عن الارض اعتبارها عقاراً . يقول القانون بهذا الاستثناء فى حالة ما اذا جاء الدائن وأراد نزع ملكية مدينه من عقاره المرهون فيبدأ له أولاً بعمل تنبيه نزع الملكية (المادة ٥٣٧ / ٦٠٥ مرافعات و ٦٧٣ فرنسى) ويترتب على هذا التنبيه الحاق الثمرة بالعقار (المادة ٥٤٥ / ٦٢٣ مرافعات

(١) دالوز ن ٤٣ الفقرة ٢ (٢) مرجع القضاء ص ٢٦٦ ن ٨٢٦ Fermier (٣)

(٤) كولين وكابتن ج ١ ص ٦٨٠ الطبعة الثانية سنة ١٩١٩

و ٦٨٢ و ٦٨٥ فرنسى) أى أن إيجار العقار وقيمة غلته توزع مع ثمن العقار المتحصل من بيعه جبراً ، على الدائنين المرتنين بحسب قائمة التوزيع وأوجه الافضلية بينهم طبقاً لتوازيح تسجيلاتهم^(١)

١٣ - (٢) المباني^(٢) هى ثانى الاموال الثابتة بطبيعتها . وهناك فرق عظيم بين المباني والارض . ذلك لان المباني لا تعتبر مالا ثابتاً بطبيعته الا بعد اتصال الادوات الاولى المكونة لها بالارض اتصالاً محكماً^(٣) . وعلى ذلك يجوز أن يعتبر البناء وحده دون الارض عقاراً مستقلاً متميزاً عن الارض^(٤) . ولا تقف عقارية المباني عند تمام المباني واكتمالها بل يجوز أن تمتشى هذه العقارية أيضاً ، على الاشياء اللازمة لاتمام المباني وهى الاشياء المقيمة فى الارض أو على الارض سواء كانت مبنية أو مقامة على قوائم^(٥) . مثلاً تعتبر عقاراً القناة المكونة من مواسير داخل الارض لاجل استخدام قوة انسياب المياه^(٦) والقنطرة^(٧) أو النفق^(٨) والجسر^(٩) ومواسير اتصال غاز الاستصباح^(١٠)

وتعتبر المباني عقاراً لجرد اتصالها بالارض ولا عبرة بالمدة التى تمكثها عليها

(١) وكانت الاراضى الزراعية بمصر تقسم الى قسمين اراض خراجية وارض عشورية ثم الى ارض ملك . واصبحت الاراضى الزراعية سنة ١٨٩٦ كلها اراض ملك وذلك التفرقة السابقة بما ستشرح به .

Incorporation au sol (٣)

Bâtiments (٢)

(٤) ويعتبر القضاء المصرى المباني عقاراً حكماً لان صفة الاستقرار فيه ترجع لصانعها وأما الارض فيعتبرها عقاراً حقيقياً لان الاستقرار فيها من أصل خلقها : مرجع القضاء ج ٢ ص ٣ ن ٨٣٣ — وحق القرار الذى للمحتكر يخرج بناءه القائم فى الارض المحتكرة من حكم المال المنقول ويجعله فى حكم المال الثابت : مرجع القضاء ج ٢ ن ٨٣٤ (٥) villiers

Pont أو Barrage (٧)

force motrice (٦)

Digue (٩)

tunnel (٨)

(١٠) Gaz كولين وكابيتان ج ١ ص ٦٨١ — س ٩١ ، ٤٨٨ ، ٤١ — دالوز براتيك ج ٢ ص ٩٣ ن ١٢ . ولا يلزم أن يكون الفرض من وضع هذه الاشياء بالارض الى الابد بل يكفى أن يكون وضعها مقوداً بزم بخلاف المقار بالتخصيص كما سيأتى ذكره (دالوز براتيك الجزء نفسه ص ٩٢ ن ١٤)

فتعتبر مالا ثابتا المباني التي تقام للمعارض . والطواحين التي تدار بالهواء أو الماء والمثبتة على أعمدة (المادة ٥١٩ فرنسي) والسواقي ^(١) وعلى العكس من ذلك لا يعتبر مالا ثابتا المباني غير المثبتة بالارض والتي يمكن نقلها مثل ما ينشأ عادة بالموالد والأعياد من المساكن والمخازن اذ تعتبر منقولا وكذلك خيم البدو والعرب والرحل والخيم بوجه عام فانها لا تعتبر مالا ثابتا بل منقولا ^(٢)

أما المواسير الخاصة بالمياه فانها تارة تعتبر مالا ثابتا بطبيعته وتارة مالا ثابتا بالتبعية أو التخصيص : فتعتبر مالا ثابتا بطبيعته ومستقلا عن المنزل الذي تغذيه بالمياه اذا تملكها مالك غير مالك المنزل ولم تكن متصلة اتصالا تبعيا ^(٣) أما اذا اتصلت بالمنزل اتصالا تبعيا فانها لا تعتبر عقاراً مستقلا بذاته بل تعتبر تابعة للمنزل المعين الذي اتصلت به وجزءاً منه كما في حالة المواسير المخصصة لجلب المياه للمنزل أو لتصرفها منه . (المادة ٥٢٣ مدني فرنسي) ^(٤)

وكذلك الحال بالنسبة لمواسير غاز الاستصباح ^(٥) وهي المواسير التي تمر بالشوارع العمومية فانها لا تعتبر مالا ثابتا مستقلا بذاته ولا تعتبر تابعة لشارع العمومي بل هي جزء من مصنع الغاز برغم بعدها عنه ^(٦)

٢) في العقار بالتخصيص

١٤ — العقارات بالتخصيص أو بالتبعية هي عقارات من طريق المجاز لانها منقولات ولكن مالكها ومالك الارض أوقفها على خدمة الارض . وعلى

(١) دي هلس ج ١ ص ٢٠٥ ن ٧

(٢) دي هلس ج ١ ص ٢٤ ن ٥

(٣) à titre d'accessoire

(٤) وجاءت هذه المادة في مكان عقب المواد الخاصة بالعقارات بالتبعية بما جعل الشك يحوم حولها في أن مواسير المياه تعتبر دائماً اموالا ثابتة بالتخصيص . وقد رأينا هنا ضرورة التمييز بين

حالتين مختلفتين — دالوز براتيك ن ٢٦ (٥) Gaz

(٦) د ، ٩٠٨ ، ٣٢٩ ، ٣٣٠ كولين وكابتان ج ١ ص ٦٨١ — ٦٨٢

دالوز ن ٢٩

ذلك فالمقارات بالتبعية هي الاشياء المنقولة التي اتصلت بمقار لتكون رسداً على منفعته واستغلاله بواسطة مالك المقار (المادة ٢٥٤ مدنى فرنسى) ^(١) والمقار التبعى هو عقار مجازى ^(٢) اذ هو فى الاصل منقول ولكن الشارع نزع عنه صفة المنقول ونعته بالعقارية من طريق المجاز . وقد أشار الشارع المصرى الى هذه المقارات بالتخصيص بالمادة ١٨/٤ مدنى وسيأتى ذكرها مع مقارنتها بالمادة الفرنسية ٥٢٤ المتقدمة

والغرض الذى يرمى اليه الشارع من نعت هذه المنقولات بالعقارية هو حماية المقار بالذات الذى أُرصدت عليه هذه المنقولات وأصبحت وقفاً على خدمته واستغلاله ولأجل تقوية رابطة الاتصال بينهما وبذلك لا يمكن الحجز على هذه المنقولات حجراً منفصلاً عن المقار الاصلى . والا اذا أبيع جواز الحجز على المنقولات هذه حجراً مستقلاً عن المقار لتعطلت منفعة المقار واستحال استغلاله وبخست قيمته

والاصل فى تقرير هذه العقارية المجازية هو الرومان لمناسبة معرفة مقدار الوصية ^(٣) التى اختصت بالايضاء بالمقار اذ قرر الرومان بأن الوصية بالمقار لا بد وان تشمل للمنقولات المرصودة على خدمته واستغلاله . وقلد الرومان قدماء الفارحين الفرنسيين وفعلوا فعلهم فيه كما أثبت ذلك بوتيه ^(٤) ولكنهم الحقوها بالمقارات بطبيعتها أى المقارات المستقلة ولم يفرّدوا لها طائفة معينة كما فعل العلماء الحاضرون . أما الشارع الفرنسى فانه جاء سنة ١٨٠٤ وأفرّد لها طائفة معينة وجعلها متميزة عن الطوائف العقارية الأخرى وسماها عقارات بالتخصيص ^(٥) ولعل فى تسميتها عقارا بالتخصيص ، أى عقاراً مجازياً ، ما يؤيد الحقيقة فى ذاتها لانه لا يمكن فعلاً اعتبارها عقارا بطبيعته لجرد ان أصبحت تابعة لعقار ما . فلا تعتبر الدابة عقاراً لجرد استخدامها فى شق الارض وجرد المحراث ولا يعقل أن

Legs (٣)

Immeuble fictif (٢)

(١) ج ٣ ص ٧٧١

(٥) كولين وكبتان ج ١ ص ٦٨٢

Pothier (٤)

تعتبر الدابة ، وشخصيتها متميزة دائماً وأبداً ، كالأدوات الأولى للبناء التي تستخدم في بناء دوار بالعزبة مثلاً . لأن الأدوات تزول عنها شخصيتها بعد تحويلها إلى بناء . بخلاف الدابة فإنها تحتفظ بشخصيتها مهما ساقها صاحبها إلى أي نوع ما من الأعمال الزراعية أو النقل والركوب

على أن الشارع المصري لم ينعت هذه المنقولات بالمادة ١٨/٤ مدني بالعقارات بالتخصيص كما نعمتها الشارع الفرنسي بالمادة ٥٢٤ بمباراة صريحة . بل كل ما قاله الشارع المصري بمادته : « إلا أن آلات الزراعة . . . تعتبر أموال ثابتة . . . » وهو تعبير ولو أنه لم ينص على هذه التسمية « عقارا بالتخصيص » إلا أنه ينم عليها حقاً . وسواء نص أو لم ينص فإنه من المستحيل بداهة بل وقانوناً اعتبار هذه المنقولات عقاراً بطبيعته كما بينا ذلك

١٥ - ومما يرى أن الشروط اللازمة للعقار بالتخصيص أربعة ^(١) :

أولاً - أن يكون الشيء الأصلي المتبوع عقاراً بطبيعته

ثانياً - أن يكون المنقول وضع بالعقار لخدمة العقار ^(٢)

ثالثاً - أن يكون وضعه بمعرفة المالك للعقار

رابعاً - أن يكون المالك للآلئين واحداً

والمزية الوحيدة المرجوة من العقارية بالتخصيص تنحصر في مسألة الحجز فلا يجوز توقيع الحجز عليه تحفظياً أو تنفيذياً إلا بالطرق المقررة في الحجز على العقارات . وهذه المزية مقررة لمصلحة المالك وله التنازل عنها . إنما لا يصح التنازل إذا تقررت للغير حقوق عينية عقارية على العقار بالتخصيص ^(٣)

(١) ج ٣ ص ٧٣ ن ٧٧٣

(٢) وليس من اللازم أن تكون خدمة المنقول للعقار ضرورية بل يكفي أن تكون تبعية

ج ٣ ص ٧٤ ن ٧٨٤ (٣) ج ٣ ص ٧٤ ن ٧٨٢

١ - في التفرقة بين العقار بالتخصيص والاشياء التي

أصبحت عقاراً بطبيعته لاندماجها بالعقار

١٦ - هناك فوائد همة لهذه التفرقة بين طائفتين من العقارات . وهي الاشياء التي كانت منقولة من قبل ثم أصبحت وهي كذلك منقولة وفقاً على خدمة العقار واستغلاله فأصبحت عقاراً مجازياً من طريق التخصيص ، وبين الاشياء التي كانت من قبل منقولة ثم اندمجت بعقار فأصبحت عقاراً بالاندماج^(١) وبذلك انتهت بأن عدت في عداد العقارات بطبيعتها . هذه الفوائد هي :

(١) اذا اندمج المنقول بالارض بحيث أصبح عقاراً بطبيعته ، فانه يكتسب هذه الصفة العقارية مهما كانت اليد التي حملت في الاندماج سواء كانت يد المالك الاصلى للعقار أو المستأجر مثلاً أو المنتفع . فاذا جاء المستأجر وأحضر أدوات البناء وبني دواراً بالعزبة التي استأجرها اعتبر الدوار عقاراً بطبيعته وعلى العكس من ذلك فان المنقول لا يعتبر عقاراً بالتخصيص الا اذا تخضع لاستغلال العقار بمعرفة المالك للعقار بالذات (المادة ١٨ / ٤ مدني و ٥٢٢ و ٥٢٤ فرنسي)

والحكمة في هذه التفرقة يؤيدها العقل . لان الاندماج عماية مادية بخلاف التخصيص فانه عملية فكرية . فاذا جاء المستأجر وبني غرفة بالشقة التي استأجرها استحالت أدوات البناء التي أحضرها باعتبارها منقولة الى عقار . وتعتبر عقاراً بطبيعته مهما كانت اليد العاملة ، يد المالك أو يد المستأجر . لان الحكم في هذه الحالة انما يرجع للطبيعة وللبادية المرئية . لأن الأدوات فقدت ذاتيتها الاولى وهي ذاتية المنقول واكتسبت ذاتية أخرى وهي ذاتية العقار . وعلى العكس من ذلك في الحالة الاخرى حالة التخصيص . لانه اذا قام بالتخصيص شخص آخر خلاف

المالك الاصلى للعقار كالمستأجر أو المنتفع بأن أحضر مواشى لاستغلال الارض فان هذا العمل من جانب المستأجر لا يترتب عليه جعل هذه المواشى تابعة للعقار لان المواشى والارض المؤجرة لا يكونان ملكاً واحداً لشخص واحد

ومن أجل ذلك لا بد في العقارية بالتخصيص أن يكون التخصيص بفعل المالك للارض فحسب بل يجب أن يكون المنقول المرصود للتخصيص مملوكاً لنفس مالك الأرض . وعلى ذلك اذا استأجر رب مصنع آلة تحرك بالغاز فلا تعتبر هذه الآلة تابعة للمصنع وجزء منه ولا يمكن اعتبارها ضامنة لديون الدائنين المرتبطين للمصنع رهنًا تأمينا لجرد وضعها بمعرفة هذا الاخير بالعقار المرهون^(١)

(٢) البائع لمالك الارض منقولات لتكون عقاراً بالتخصيص يحتفظ مع ذلك بحق امتياز على هذه المنقولات ضماناً لثمن الصفقة . ذلك لأن المالك للارض وهو المشتري للمنقولات لا يملك بمحض رغبته ومجرد ارادته في جعل المنقول عقاراً مجازياً المساس بحق البائع في الامتياز . وعلى العكس من ذلك ، البائع لادوات البناء المندجة بالأرض فانه يفقد حق امتياز به بمجرد الاندماج وذلك لروال ذاتية المنقول في حالة البناء زوالاً مادياً ، وعدم زوال هذه الذاتية المنقولة في حالة بيع المواشى أو أدوات المصنع أو آلة رى^(٣)

(٣) في حالة نزع الملكية لاجل المنفعة العامة يجب على الادارة أن تجمعل ثمن الصفقة المنزوعة شاملاً جميع العقار بما فيه أدوات البناء التي اندمجت فيه . وعلى العكس من ذلك في حالة العقارية بالتخصيص فان الثمن الذي تدفعه الادارة لا يتناول العقارات بالتخصيص لأنه يجوز لمالكها أن يستغلها باعتبارها منقولات في أى نوع من أنواع الاستغلال أو يتصرف فيها تصرفاً غير ضار به

(١) س ، ٩٠ ، ٢ ، ١١٣ ومقال C. Appleton — كولين وكيتان ج ١ ص ٦٨٣

(٢) رجع ٨٣٧ ، استئناف ٧ ابريل سنة ٩١٤ م ١٥١١ ص ٢١٣ عدد ١٠٧

٢ - أنواع العقارات بالتخصيص

١٧ - هناك نوعان من التخصيص (١) التخصيص الزراعى والصناعى والتجارى . (٢) التخصيص للزينة والزخرف

١٨ - التخصيص الزراعى والصناعى والتجارى

١٨ - قررت المادة ١٨/٤ مدنى ما يأتى : « الا أن آلات الزراعة ^(١) والماشية ^(٢) اللازمة لها متى كانت لصاحب الارض وكذلك آلات المعامل ومهماتهما ^(٣) اذا كانت ملكا لملك تلك المعامل تعتبر أموالا ثابتة بمعنى أنه لا يجوز الحجز عليها منفردة من العقار المتعلقة به » وهذه المادة تقابل المادة ٥٢٤ مدنى فرنسى

وقد جاءت المادة المصرية بطريقة عامه وأشارت الى التخصيص الزراعى والصناعى ولم تشر الى التخصيص التجارى أى فعلت كما فعلت المادة الفرنسية التى جاءت أوسع منها من حيث تعداد المنقولات التى تصبح عقارات « حكمية » . قلنا ان كلاما من المادتين لم يشر الى التخصيص التجارى . والسبب فى ذلك أن الشارع الفرنسى يعرف سنة ١٨٠٤ انه كان من النادر استغلال المحل التجارى ^(٤) فى عقار مملوك للتاجر نفسه . وان صح هذا العذر لدى الشارع الفرنسى سنة ١٨٠٤ فانه لا يصح لدى الشارع المصرى سنة ١٨٧٥ مختلط وسنة ١٨٨٣ أهلى لان الاستغلال التجارى كان قد نما فى هذين التاريخين . وكذلك فانه قد نمت فكرة التوسع فى تزيين المنازل والبيوت وعلى الاخص بيوت الاستغلال ^(٥) كترتيبها بالابسطة والباعد ^(٦) وأدوات الانارة وغير ذلك وانا تتكلم الآن على كل نوع من هذه العقارات بالتخصيص

(١) Troupeaux (٢) Ustensiles d'agriculture

(٣) Ustensiles et approvisionnements des usines

(٤) Ascenseur (٥) Maisons de rapport (٦) Fonds de commerce

١ - الاراضى الزراعية

١٩ - يعتبر عقاراً بالتخصيص بالنسبة للاراضى الزراعية ^(١) ما يأتى :

١ - الماشية المزرعة للمراعى : وهى الحيوانات التى تعمل فى فلاح الارض واستثمارها ^(٢) فلا يجوز الحجز عليها منفردة لما فى ذلك من اتلاف الارض وبوارها مهما كان نوع الحجز سواء كان الحجز متوقفاً من المالك (أو المؤجر الذى أجر من باطنه) على منقولات وأمتعة المستأجر حجزاً تحفظياً رهنياً ^(٣) (المادة ٦٦٨ / ٧٦٠ مرافعات . وهو الحجز الذى يوقعه المالك على المنقولات الموجودة بالمكاتب المؤجر والضامنة لقيمة الايجار) أو حجزاً تنفيذياً على المنقولات ^(٤) وسواء كان الحاجز دائناً ممتازاً أو دائناً مادياً ^(٥)

ولا تكون الموائى الزراعية فى حكم العقار من طريق التخصيص الا اذا كانت مرصودة على خدمة المقاد بمعرفة المالك (المادة ٥٢٢ فرنسى) أو بمعرفة وكيله ^(٦) أو بمعرفة واضع اليد ^(٧) أو بمعرفة أحد الملاك على الشيوع اذا كان هؤلاء الملاك مدينين بالتضامن ^(٨) وأما اذا وضعت هذه المنقولات بمعرفة المرتهن رهناً حيازياً عقارياً فلا تعتبر عقاراً بالتخصيص ^(٩) الا اذا عمل باعتباره وكيلاً عن المالك الاصلى ^(١٠) وعلى ذلك اذا عمل المالك على الانتفاع بها فى غير منفعة المقار مادت الى اعتبارها الأول أى منقولا

(١) Fonds rural (٢) دالوز ن ٦٩ (٣) Saisie-gagerie

(٤) د ٩٠٥ ، ١ ، ٤٩٩ — من ٩٠٦ ، ١ ، ٤٠١ ومقال Tissier

(٥) ويجب اعتبار هذه الموائى عقاراً بالتخصيص حتى ولو قدرت ائتمنها بقصد الاجار (المادة ٥٠٢ فرنسى فى قولها Estimés ou non) ولو ان فى تقديرها ايجاباً بأنها أصبحت ملكاً للمستأجر ويشهد بدفع ثمنها فى نهاية الاجارة فيستطيع دائنوه عندئذ الحجز عليها . أى ان القانون الفرنسى أراد قطع خط الرجعة على احتمال وجود التنازل عن ملكية الموائى من جانب المؤجر الى المستأجر . ولكن يجب مع ذلك أن يلاحظ أنه يجوز للمؤجر والمستأجر الاتفاق على التنازل عن الملكية مقابل دفع الثمن عند نهاية الاجار (٦) دالوز ن ٦١ (٧) دالوز ن ٦٢

(٨) ج ع ٣ ن ٧٧٢ (٩) دالوز ن ٦٣ (١٠) دالوز ن ٦٤

٢ — الادوات الزراعية^(١) وهي الادوات المعدة للفلاحة^(٢) كالنورج والحراث وغيرها^(٣). ويشترط في ذلك أن تكون هذه الاشياء مخصصة بطريقة دائمة ومستمرة لمنفعة العقار. وأما اذا لم تكن منقطعة لخدمة العقار فلا تعتبر عقاراً بالتخصيص كالمقولات المعدة لأن تباع مع المحصول. فالأوعية أو البراميل المخصصة لحفظ النبيذ المستخرج من العنب^(٤) الناتج من أرض معينة يعتبر عقاراً بالتخصيص^(٥) أما اذا أعدت الاوعية لاجل أن تباع مع النبيذ وتسلم معه الى المشتري فلا تعتبر الامقولا^(٦)

ويسوقنا الاستقراء في هذا المنحى من طريق القياس أن نتساءل. ما هو حكم أكياس القطن لدى المزارع؟ هل تعتبر منقولا دائماً وأبداً أم تعتبر أحياناً عقاراً بالتخصيص؟ اذا أخذنا بالقياس مع أوعية النبيذ التي تقدم القول فيها عند القضاء الفرنسي لقلنا بأنه اذا أعد المزارع الاكياس لحفظ القطن عنده لبيعها مع القطن أعتبرت الاكياس عقاراً بالتخصيص. وأما اذا أعدها لبيعها مع الاقطن أعتبرت منقولة. لانه في الحالة الأخيرة لا تعتبر الاكياس مرصودة على خدمة الارض لخدمة مستمرة في كل سنة

هذا هو الذى ذكرته المادة المصرية في اعتبار أدوات الزراعة والمواشى عقاراً بالتخصيص ولم تضيف على هذا النوع شيئاً آخر. ولكن المادة الفرنسية ٥٢٤ أضافت الى ذلك أنواعاً أخرى خاصة بالزراعة

وهذه الانواع يجب اعتبارها كذلك بمصر عقارات بالتخصيص برغم عدم النص عليها مادام أن الاسباب في العقارية واحدة^(٧) والانواع الاخرى هي هذه:

(١) Matériel agricole (٢) Ustensiles aratoires دالوز ن ٨٣

(٣) والآلة الموضوعة على بئر ارتوازي puits artésien : ج ٣ ن ٧٨٠

(٤) Vigne (٥) ٤٤، ٢، ٩٠٠، ٥ — كولين وكابتان ج ١ ص ٦٨٥

(٦) ٢٤٩، ٢، ٩٠٣، ٥ مقال Valéry — كابتان ج ١ ص ٦٨٥

(٧) دى هلس ج ١ ص ٢٠٩ ن ٢٤

- ٣ — التقاوى^(١) المعطاة من المالك للمستأجر منه^(٢) أو لشريكه في الزراعة أى المستأجر مزارعة^(٣). ويلاحظ أنه بوضع التقاوى بالارض تصبح عقاراً بطبيعته
- ٤ — التبن والسجاد^(٤) مادامت أنها معينة لخدمة المقار أما التبن والسجاد الناتج من الاصطبلات^(٥) الموجودة بالمدين فأنها تعتبر منقولة^(٦)

Fermier (٢) Semences (١)

(٣) Colon partiaire أى Bails à la modiation جرائمولان فى العقود من ١٥٤٩
 (٤) Pailles et engrais (٥) Écuries (٦) على أنه لابد هنا من ملاحظتين
 ١ « يظهر أنه ليس من الضروري أن تخضع عقارية التبن والسجاد الى شرط وضعها بمعرفة المالك نفسه ، ذلك لانه من البديهي أن التبن والتقاوى لا بد من تجديدهما كلما استهلكا بمعرفة المستأجر . وأثرم القانون الفرنسى بالمادة ١٧٧٨ مدنى المستأجر بأن يترك في نهاية الاجارة التبن والسجاد الناتجين من آخر سنة للمقد
 نعم وإن كان لا يوجد لهذه المادة مثيل بالقانون المصرى الا أنه يلاحظ أن هذا القانون قرر بالمادة ٣٨٧/ ٤٧٢ مدنى بأنه « يجب على مستأجر الارض للزراعة الذى قارب مدة إيجاره على الانتهاء أن يمكن المستأجر اللاحق من تهيئة الارض للزراعة والبذر ما لم يحصل للمستأجر السابق ضرر من ذلك » وهذه المادة المصرية أوجزت ما قرره المادتان ١٧٧٧ و ١٧٧٨ الفرنسيتان (جرائمولان فى العقود من ١٥٥ ن ٤٣٣) والمسئلة ترجع لعرف الزراعى وما جرت عليه العادة لدى المزارعين

وقرر القضاء الفرنسى (د ، ٨٣ ، ١ ، ٢١٣ — س ٨٤ ، ١ ، ٣٨٣) أن التبن والسجاد الموضوعين بالارض بمعرفة المستأجر يجب اعتبارهما عقاراً بالتخصيص سواء كان تركهما بالارض راجعاً الى المادة ١٧٧٨ المذكورة أو الى شرط بعقد الايجار . على أن كولين وكابتان (ج ١ من ٦٨٦) يلاحظان بأنه لا محل للقول بهذا الاستثناء للقاعدة القائلة بوجود التخصيص بمعرفة المالك لان التبن والسجاد اللذين يصل المستأجر على الحصول عليهما انما هما مرصودان على خدمة المقار بإرادة المالك نفسه ، وهو المالك الذى أثرم المستأجر بذلك . وهذه الارادة اما صريحة اذا وجد لها شرط بعقد الايجار واما ضمنية . وبذلك ينص المادة ١٧٧٨ المذكورة عند عدم النص عليها بالمقد . هذه هي الملاحظة الاولى — دالوزن ٩٥ — ١٠٠

٢ « وأما الملاحظة الثانية فهي أن التبن والسجاد يعتبران تابعين Accessoire للارض ، باعتبار الارض كلا واحداً ، ولا يعتبران تابعين لجزء من الارض . وعلى ذلك ترتب نتائج كثيرة . منها أنه اذا باع المالك جزء من الارض فلا يكون المشتري الحق في الاصل بالمطالبة بجزء من هذا التبن والسجاد بقدر الجزء المبيع له من المقار الا اذا حصل الاتفاق صراحة أو ضمناً على ما يخالف

٥ - الحيوانات غير المنزلية^(١) : وهى الحيوانات التى تعيش فى الارض بحرية مطلقة . وقد سردها القانون الفرنسى بالمادة ٥٢٤ منه وهى : « حمام الابراج^(٢) وأرانب الاوكار^(٣) وأسماك البرك^(٤) وخلايا العسل^(٥) » (٦) مع النحل^(٦) . وما دام أن هذه الحيوانات تابعة للارض فهى ثابتة بالتخصيص . ذلك لان ما يملكه المالك انما هو الاوكار والبرك والابراج والخلايا لا الارانب والحمام والاسماك والنحل . وعلى العكس من ذلك فانه يعتبر منقولاً والحمام المحبوس فى الافقصة والارانب المرباة خاصة والاسماك الموضوعة فى أحواض معينة^(٧) ويلاحظ أن ماورد بالمادة ٥٢٤ الفرنسية المذكورة لم يأت على سبيل الحصر بل على سبيل التمثيل . وعلى ذلك تعتبر خلايا دود القز عقاراً بالتخصيص^(٨)

ب - المحلات الصناعية

٢٠ - الأدوات والمهمات اللازمة للامكنة الصناعية^(٩) أموال ثابتة بالتخصيص (المادة ١٨/٤ مدنى و ٥٢٤ فرنسى) سواء كان المسكان الصناعى مصنعاً^(١٠) أو معمل^(١١) مادام أن المشتغل بالصناعة هو المالك للمكان نفسه^(١٢) وعلى ذلك تعتبر مالا ثابتاً الآلات البخارية والمراجل والسكك الحديدية اللازمة

ذلك . وثانياً اذا فرض وبيت الارض على حجة قطع En lots فإن التبن والسماد يبقيان فى ملكية البائع مادام أنه لا يمكن مرة أى القطع يتبعها التبن والسماد (د ٩٨٠ ، ٢٥٠ ومقال De Loynes — كولين وكابتان ج ١ ص ٦٨٦ (١) Animaux non domestiques

(٢) Pigeons des colombiers (٣) Lapins des garennes (٤) Poissons des étangs (٥) Ruches à miel (٦) Abeilles (٧) ويلاحظ بشأن هذه الحيوانات أنها لا تعتبر فى حكم العقار الا لانها تابعة للمكان ذاته لا لكل العقار بأجمعه بل تابعة لجزء من العقار وهذا على خلاف ما رأيت بشأن التبن والسماد . وعلى ذلك اذا باع المالك برجا أو وكراً أو مستقراً فلا يكون من المقول فى هذه الحالة أن يقال بأنه ليس المشتري الحق فى الانتفاع بالحمام والارانب والاسماك الا بالقدر المناسب لما اشتره أو أن البائع يحتفظ لنفسه بملكيتها خاصة لهذه الحيوانات

(٨) كابتان ج ١ ص ٦٨٦ (٩) Etablissement industriel (١٠) Manufacture (١١) Usine أو (١٢) ج ٣ ص ٧٧٨

للمصنع^(١) وكذلك الخيول والعربات المعدة لنقل مصنوعات المصنع^(٢). ويلاحظ أن القانون المصرى ذكر كلمة المهمات^(٣) وجعلها فى عداد العقارات بالتخصيص. ويراد بالمهمات كل متاع من شأنه أن يكون ذا أثر فى ادارة المصنع وعلى ذلك يعتبر الفحم اللازم لادارة الآلة البخارية للمصنع وكذلك الفحم من العقارات الحكومية^(٤)

ج - المحلات التجارية

٢١ - ورغم أن القانون لم يشر الى هذه الامكنة التجارية^(٥) إلا أن الآراء متفقة على إلحاقها بالامكنة السابقة الزراعية والصناعية. وعلى ذلك يعتبر فى عداد العقارات بالتخصيص الادوات اللازمة لاستغلال المحل التجارى مثل العدادات والمقاعد والخيول والعربات وأمتعة الفنادق وأمتعة المسارح على اختلاف أنواعها^(٦)

هذا ولا بد أن تلحق بالمحلات التجارية بيوت الاستغلال كما ذكرنا. وعلى ذلك يعتبر فى عداد العقارات التبعية المنقولات التى أرصدها المالك على خدمة البيت ومنفعته كالصاعد والتلفون وبساط السلم والادوات المتحركة لفتح وغلق الدكاكين وأحواض الاستحمام وأدوات قضاء الحاجة وأدوات الحمامات بالمنازل^(٧). هذا ويجب ملاحظة عدم الخلط بين هذه الاشياء والاشياء الأخرى الموجودة بالمنزل نفسه ولكنها مندججة به كل الاندماج أو متصلة به كل الاتصال لأنها أصبحت عقارات بطبيعتها كالشباينيك والابواب والمداخل. كذلك لا يجوز

(١) د ٩١٤٤، ٢، ٨٠ — س ٢، ٩٠٣، ٢٤٩، ومقال Valéry دالوز ن ١٠٧

(٢) راجع مع ذلك دالوز ن ١١٢. والآلات وستائر الزينة وادوات الزينة بالمسارح تعتبر كذلك عقارات بالتخصيص: دالوز ن ١٠٨ (٣) Provisions

(٤) وهذا على عكس ما يقوله الفقه الفرنسى (دالوز ن ١١٣) لعدم وجود النص المصرى بفرنسا

(٥) Établissement commercial

(٦) د ٩٢٤، ٢، ٥٥١ — كواين وكابتال ج ١ ص ٦٨٧ (٧) دالوز ن ١١٥

خلطها أيضاً مع أمتعة المنزل المسكون^(١) وهى الامتعة التى يضعها عادة مالك البيت فى مسكنه المعدلة خاصة كالامرة والمراتب والمقاعد والكراسى والابسطة وغير ذلك لانها تعتبر منقولة بلا جدال^(٢)

هذا وقد رأينا أن المادة ٥٢٤ فرانسى جاءت على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر . وقد فعل الشارع المصرى خيراً فى اطلاق المادة ١٨/٤ مدنى اطلاقاً عاماً . على أنه مع ذلك لا بد فى تقرير العقارية الحسكية للمنقول التابع للمحل الثابت أن يلاحظ فى أن الأشياء الموضوعة بمعرفة المالك فى خدمة العقار يجب أن تكون بالقدر اللازم والضرورى لاستغلال العقار^(٣) وعلى ذلك لا تعتبر عقاراً بالنسبة للامكنة الموجودة بالمسكان^(٤) الأبسطة والكراسى والصناديق الموضوعة بمعرفة المالك بمنزل الاستغلال على سبيل الرينة والرخف^(٥) فوق مصاطب السلم وفى الطرق الموصلة للغرف وفى غرف البوابين ، فهى لا تعتبر عقاراً تبعياً برغم وقفها على خدمة العقار . هذا حكم القضاء الفرنسى . ولكن القضاء البلجيكي كان أصح نظراً عند ما قرر عقارية هذه الامتعة بعد أن صرف النظر عن هذا القيد القائل بأنه لا بد فى الأمتعة أن تكون بالقدر اللازم لخدمة العقار الأصل . ويكفى فى تقرير العقارية أن تكون الامتعة ذات منفعة خاصة للعقار ، أى منفعة حقيقية لا نزاع فيها^(٦)

وليس من الضرورى لعقارية المنقول التابع للعقار أن يكون فى خدمة العقار الى الابد^(٧)

(١) Meubles meublants (٢) كولين وكابيتان ج ١ ص ٦٨٧

(٣) س ٨٠ ، ١ ، ٤٠٩ ومقال Lyon-Caen — ١٢٥ ، ١ ، ٨٦ — س ، ٢٠١ ، ١ ، ٨٦ — كولين وكابيتان ج ١ ص ٦٨٧

(٤) Meubles meublants (٥) Luxe

(٦) ١١٨ ، ٢ ، ٨٩ ، د (٧) ٣٦١ ، ٢ ، ٩٠٧ ، د Poncelet

٢٤ - التخصيص للزينة والزخرف

٢٢ - رأينا التخصيص للعنفعة ^(١) ولنتكلم الآن على التخصيص للزينة والزخرف ^(٢). هذا النوع لم يشر اليه بالمادة ١٨/٤ المصرية ولكن أشير اليه بالمادة ٥٢٥ الفرنسية. ولا بد من الأخذ به هنا لأن العلة في التخصيص واحدة. وأشارت المادة الفرنسية المذكورة الى المرايا وألواح التماثيل واعتبرتها في عداد العقارات الحكيمة. ويستفاد من هذه المادة أن هناك شرطين للعقارية الحكيمة هذه:

أولاً - يجب أن تكون هذه الاشياء موضوعة بمعرفة المالك للعقار بحالة دائمة ^(٣)

ثانياً - تستفاد حالة الدوام من لصق هذه الاشياء بالعقار لصقاً محكماً بحيث يترتب على فصلها خدش الحيطان وتكسرها مع تشويهها. أى أنه يجب في الاتصال أن يكون اتصالاً مادياً الى حد اندماج المنقول في العقار

على أن المادة ٥٢٥ الفرنسية لظفت من شدة الشرطين في حالتين

(١) قالت: « وتعتبر المرايا الموجودة بالمنازل موضوعة بها بصفة دائمة اذا كانت الاخشاب الموضوعة بها متصلة مع أخشاب البيت. وكذلك الحال بالنسبة لالواح التماثيل وما تزين به من الاشياء الاخرى للزينة »

هذه الاشياء تعتبر عقاراً بالتبعية، مع أنه من السهل فصلها عن العقار. ولكن بعد فصلها يحدث فراغ بالعقار يتم عن وجودها من قبل

(٢) وقالت المادة: « وأما التماثيل ^(٤) فانها تعتبر عقاراً اذا وضعت بمكان في الحائط أعد لها خاصة ولولم يترتب على رفعها منه تلف للحائط »

ويلاحظ الناقدون الفرنسيون على شارعهم أنه ما كان له أن يضع المادة ٥٢٥

Destination somptuaire (٢)

Statues (٤)

Destination utilitaire (١)

à perpétuelle demeure (٣)

المذكورة لأن هذه الاشياء لم تخرج عن كونها عقاراً بطبيعتها حتى ولو وضعها غير المالك . ويظهر أن الشارع المصرى قد لاحظ ذلك فأبى نقل هذه المادة . وخيراً فعل

هذا وقد توسع القضاء الفرنسى فى بيان المعنى المستفاد من المادة ٥٢٥ المذكورة اذ قرر بأنه ليس من اللازم أن تكون للرايا مكان خاص بالخائط بل يكفى ان تكون النية المقصودة من الرايا قائمة بمجرد وضعها بالخائط دون أن يكون لها محل خاص بالخائط ^(١) وذلك تبعاً لرقى المدنية فى الوقت الحاضر عما كانت عليه وقت وضع القانون الفرنسى سنة ١٨٠٤ . على أن القضاء الفرنسى لا زال متردداً فى تحديد المعنى الصحيح من المادة ٥٢٥ اذ يشترط فى بعض الأحيان أن تكون المنقولات متصلة اتصالاً محكماً مادياً بالعقار والاثلت منقولة ^(٢) ولكن رجال الفقه احتجوا عليه ورأوا أنه ليس من الضروري اشتراط شرط الاتصال المادى المحكم لأن المدنية آخذة فى الانتشار . وما كان فى الزمن الماضى من أدوات الزينة والخرف أصبح الآن من الأدوات الضرورية اللازمة للحياة ^(٣)

(٣) فى العقار بالانطباق

٢٣ — العقار بالانطباق ^(٤) هو جميع الحقوق المقارية ^(٥) ما عدا حق الملكية ^(٦) وقد نصت على عقارية هذه الحقوق المادة ٢ / ١٦ مدنى فى آخرها كما رأينا

وتندمج هذه الحقوق العينية فى العقارات المتوقعة عليها سواء كانت العقارات عقارات بطبيعتها أو منقولات أصبحت ثابتة ^(٧) . وعلى ذلك تعتبر عقارات بالانطباق ما يأتى : (المادة ٥٢٦ فرنسى)

(١) د ، ٢ ، ٩٠٦ ، ٣٦٦ — س ، ٢ ، ٩٠٥ ، ٢٧٩ — د ، ٢ ، ٩٠٠ ، ٤٤٧

(٢) س ، ٢ ، ٩٠٥ ، ٢٧٩ (٣) كولين وكايتان ح ١ ص ٦٩٠

(٤) Immeuble par l'objet auquel il s'applique

(٥) Droits immobiliers (٦) Propriété (٧) Meubles immobilisés

(١) جميع الحقوق العينية المتوقعة على العقار ما عدا الملكية وهي :
١ - الحقوق العينية الاصلية ^(١) وهي حق المنفعة وحق الاستعمال ^(٢)
وحق السكنى ^(٣) وحقوق الارتفاق ^(٤) وحق الايجار لمدة طويلة ^(٥) وحق
استغلال سطح الارض ^(٦)

٢ - الحقوق العينية التبعية ^(٧) : الرهن التأميني ^(٨) والرهن الحيازي
(٢) الديون العقارية ^(٩) . والاصل في حق الدائنية ^(١٠) أن يكون منقولاً على
الدوام تقريباً لأن حق الدائنية هو الزام المدين بواحد من ثلاثة : اجراء عمل ،
والامتناع عن اجراء عمل ، وتسليم شيء من الاشياء

فاذا تعلق حق الدين بعمل أو الامتناع عن عمل اعتبره الفارحون في جميع
الازمان منقولاً لان العبرة في ذلك ترجع لا الى الشيء الموعود به بل الى نفس
العمل الذي تمهد به الملتزم . والعمل في ذاته محل الدين لا يمكن ادراجه في عداد
الاموال الثابتة فاذا تمهد مقاول ببناء عمارة اعتبر التزامه منقولاً مع أن التزامه
يستحيل في النهاية الى انشاء العمارة . ذلك لان التزام المقاول يتكون من جملة
أعمال متتابة : عمل رسم والاتفاق مع مقاولين آخرين لاجتماع عمال أو أدوات
وهكذا . وعلى ذلك لا يعتبر محل الالتزام العمارة نفسها بل عمله ما يصرفه المقاول
من الجهودات حتى تمام انشاء العمارة

وأما اذا كان محل الالتزام نقل ملكية شيء من الاشياء فيظهر لاول وهلة أن
الحق يعتبر حقاً عقارياً اذا كان الشيء عقاراً . ولكن الواقع على خلاف ذلك . فاذا
فرضنا وبيع بائع عقاره قبل صدور قانون ٢٦ يونيو سنة ٩٢٣ رقم ١٨ و ١٩
انتقلت الملكية في الحال من البائع الى المشتري وأصبح هذا الاخير مالكا

Usage (٢)	Principaux (١)
Emphytéose (٥) او الحكر الفرنسي	Servitudes (٤) Habitation (٣)
Hypothèque (٨)	Accessoires (٧) Superficie (٦)
Dr. de créance (١٠)	Créances immobilières (٩)

لا دائماً بالملكية . وعلى ذلك لا يعتبر محل حق الدائنية في هذه الحالة هو العقار بل يعتبر الحق قد انقضى وزال بمجرد ظهوره ، أى ظهوره وزواله كانا متلازمين وواقفين في لحظة واحدة . فاذا علم ذلك فما هو اذن التزام البائع وفيما ينحصر ؛ ينحصر التزامه في تسليم العقار أى تمكين المشتري من وضع اليد . وقد رأينا أن الالتزام بأجراء عمل هو في عداد المنقولات

ولكن تتغير الحال فيما اذا كان المشتري لا يصبح مالكا لساعاته العقار الذى اشتراه . فاذا باع له البائع ١٠٠ متر مربع من الارض يستلها المشتري في قطعة معينة فلا يعتبر المشتري مالكا لها طالما لم تتمتعين المائة متر . انما يعتبر دائماً بالعقار الذى ستنقل ملكيته اليه عند تعيين المائة متر . في هذه الحالة وفيما فقط يعتبر حق الدائنية حقاً عقارياً

أما بعد قانون ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ فان الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية لا تنتقل الا بالتسجيل لا بمجرد الاتفاق . وعلى ذلك يعتبر حق المشتري قبل البائع مجرد حق دائنية ، أى حق منقول سواء كان المبيع معيناً معيناً نائياً للجهالة او تقدر ولم يتمين بعد (المادة الأولى من القانون المذكور) وهناك حق عيني آخر بالانطباق وهو حق جعل المنجم ^(١) أى المبالغ الذى يدفعه المنتفع بالمنجم ^(٢) الى مالك سطح المنجم

٣ (الدعاوى العقارية ^(٣) أى الدعاوى التى ترفع للمطالبة بتثبيت ملكية المدعى للعقار (المادة ٥٢٦ فرنسى) ^(٤)

وهذه الدعاوى العقارية على نوعين :

١ (الدعاوى المتعلقة بحقوق عينية عقارية ^(٥) وهى : —

دعوى تثبيت الملكية للعقار ^(٦) وهى التى يرفعها المالك للعقار على المفتصب له

Concessionnaire (٢)

Redevance minière (١)

١٦٧ — ١٦١ دالوزن (٤)

Actions immobilières (٣)

Action en revedication (٦)

Droits réels immobiliers (٥)

ودعوى المنتفع بالعقار ^(١) التى يرفعها من له حق الانتفاع بالعقار ^(٢) للمطالبة بحقه

ودعوى صاحب حق الارتفاق ^(٣) التى يرفعها لتأييد حق الارتفاق . وتسمى دعوى تأييد حق الارتفاق ^(٤)

ودعوى الدائن المرتهن رهناً تأمينياً ضد الغير الحائز للعقار لا كراهه على دفع الدين أو التخلّى عن العقار ^(٥)

هذه الدعاوى المتقدمة والمتعلقة بالملكية العقارية وبالحقوق الاصلية العينية المتوقعة على العقار تنقسم الى الاخرى الى طائفتين : دعاوى الملكية ^(٦) ودعاوى وضع اليد ^(٧) وسنبين ذلك فيما بعد

٢) والنوع الثانى للدعاوى العقارية الدعاوى التى ترمى الى رد العقار الى مال المدعى وهو دعوى الفسخ ^(٨) أو دعوى الالفاء ^(٩) . وهى الدعاوى التى يرمى بها المدعى الى الفاء المقدر الصادر منه بشأن العقار ورد العقار اليه . وكذلك أيضاً دعوى ابطال تصرفات المدين ^(١٠)

ويسمى هذا النوع الاخير من الدعاوى فى قانون المرافعات بالدعاوى المختلطة ^(١١) لانها مع كونها ليست دعاوى عينية ^(١٢) ولكنها تنتهى فى النهاية الى الفاء نقل الملكية الحاصل من قبل

Usufruitier (٢)	Action confessoire (١)
Ac. confessoire (٤)	Bénéficiaire d'une servitude (٣)
Actions pétitoires (٦)	Delaissser (٥)
	Actions possessoires (٧)
Action en résolution أو	Actions en rescision (٨)
Action en révocation (١٠)	Action en nullité (٩)
Actions réelles (١٢)	Actions mixtes (١١)

(٤) العقار بأقرار المالك

٢٤ — العقارات بأقرار المالك هي عبارة عن بعض الديون المنقولة ^(١) قرر لها القانون الفرنسي العقارية المجازية وهي سندات بنك فرنسا . وتحصل العقارية بأقرار يثبت في سجلات البنك . والغرض من العقارية هذه التمكن من رهنها رهنًا تأمينيًا وجعلها أداة للترويج في مجال المعاملات . وجرت العادة على عدم حصول الاقرار بل يكتفى حامل السندات برهنها رهنًا حيازياً ^(٢)

في المنقولات

٢٥ — قالت المادة ٨/١٥ مدني بأن الاموال تنقسم الى منقولة وثابتة وبعد أن بين الشارع العقار بوجه عام بالمادة ٢/١٦ مدني جاء وقرر بالمادة ٣/١٧ مدني ما يأتي : « ما عدا ذلك من الاموال يعد منقولاً والتميز في القانون بلفظ أمتعة ^(٣) وأشياء منقولة ^(٤) وأموال منقولة ^(٥) يشمل بلا فرق جميع المنقولات » أي ما لم يكن عقاراً يعتبر منقولاً . على أن الشارع الفرنسي أفرد باباً خاصاً للمنقول (المواد ٥٢٧ — ٥٣٦) أتى فيه على ايضاح واف لهذا القسم من الاموال ^(٦)

والاموال المنقولة اما منقولة بطبيعتها واما بحكم القانون (المادة ٥٢٧ فرنسي)

(١) الاموال المنقولة بطبيعتها

٢٦ — الاموال المنقولة بطبيعتها هي المنقولات المادية ^(٧) أو بمباراة علمية أصح هي حق الملكية على المنقولات المادية

Créances mobilières (١)	(٢) Cierge
Mobilier (٣)	(٤) Effets mobiliers
Biens meubles (٥)	(٦) دالوز ٢٠٣ — ٢٢٢
Meubles corporels (٧)	

ويدخل في هذه الطائفة جميع الاجسام^(١) التي تنتقل من مكان الى آخر وهي اما أن تتحرك بنفسها كالحوانات أو أنه لا يمكن نقلها من مكان الى مكان الا بواسطة قوة خارجية كالاشياء الجامدة^(٢) (المادة ٥٢٨ فرنسى)

وتعتبر منقولا أيضاً « المراكب الكبيرة والصغيرة والسفن والطواحين والحمائم المنشأة على المراكب وبوجه عام جميع المعامل التي لم تثبت بأعمدة مركزة بالأرض والتي لم تكن جزءاً من منزل » (المادة ٥٣١ فرنسى)

وكذلك « المواد الناتجة من هدم العمارة أو المواد المجموعة لاجل اقامة بناء جديد فانها تعتبر منقولة حتى تدخل في البناء بمعرفة عمال البناء » (المادة ٥٣٢ فرنسى) لأن المواد الأولية للبناء تظل حافظة لكيانها باعتبارها منقولة حتى تدخل في البناء ذاته فتفقد ذاتيتها وتزول عنها صفة المنقول وتصبح عقاراً عندئذ بطبيعته

٢) الاموال المنقولة المعنوية

أو المنقولة بحكم القانون

٢٧ — تحتوى هذه الطائفة على جميع الحقوق المنقولة خلاف حق الملكية وهي على جملة أنواع :

١) الحقوق العينية المتوقعة على المنقولات والدعاوى القضائية التي ترمى الى طلب تثبيت ملكية منقول أو طلب رد المنقول الى مال المدعى

٢) الحقوق الخاصة بالملكية الأدبية والفنية والصناعية

٣ — الوظائف المحتكرة بفرنسا^(٣)

٤ — المحلات التجارية^(٤)

٥ — حقوق الدائنية^(٥)

Offices ministériels (٣) Choses inanimées (٢) Corps (١)

Créances (٥) Fonds de commerce (٤)

٦ - المرتبات

٧ - حصص الشركاء في شركة تجارية أو مدنية

وتشكلم على كل واحد من هذه الانواع :

(٣) في الحقوق والدعاوى المتعلقة

بالمنقولات

٢٨ - تشمل هذه الطائفة على ما يأتي :

٢٩ - (١) الحقوق العينية المتوقعة على المنقولات ماعدا حق الملكية،

مثل حق الانتفاع بمنقول

(٢) الدعاوى القضائية^(١) وهي منقولة في حالتين :

أولاً - اذا كان الغرض منها طلب تثبيت الملكية لمنقول كما اذا كان المنقول

مسروقا أو ضائعا أو كان الغرض منها تثبيت حق عيني للمدعى على المنقول خلاف

حق الملكية كدعوى المنتفع بمنقول أو دعوى الدائن المرتهن رهنا حيازا والتي

يرفعها على الغير ويطلب فيها رد المنقول المرهون اليه في حال سرقة أو ضياعه

أو اغتصابه

ثانياً - اذا كان الغرض منها الحصول على منقول . ويدخل في ذلك دعوى

المطالبة بتأييد حق الدائنية المنقول^(٢) ودعوى فسخ أو الغاء عقد خاص بنقل

ملكية منقول ودعوى ابطال عقد بالتصرف في منقول^(٣)

وكان الاجدر بدلا من تسمية هذه الطائفة بالمنقول بحكم القانون أن تسمى

بالمنقولات بالانطباق قياساً على المقارات بالانطباق

وما القول بشأن المستأجر الذي يبنى في العقار المؤجر له فهل تعتبر حقه ائناء

Créance mobilière (٢)

Actions en justice (١)

(٣) وكذلك دعوى الباني في أرض الغير سواء كان حسن النية أو سيئها : دالوز براتيك ج ٢

ص ٩٢ ن ١٩

قيام الاجارة حقاً عقارياً أو منقولاً؟ وللتفرقة نتائج هامة فيما يتعلق بمجواز رهن العقار بمعرفة المستأجر رهنًا تأمينا وغير ذلك . وقال البعض بأن حقه منقول مادام أن الحق المتولد عن عقد الايجار منقول . وقال البعض الآخر العكس بانه يجب الرجوع في ذلك الى غرض المتعاقدين في عقد الايجار^(١) على أن حق المستأجر في آخر الاجارة حق منقول^(٢) ويغلب اعتبار المستأجر في هذه الحالة كمن بنى في أرض غير مملوكة له^(٣) والمبرة على كل حال ترجع الى ما يتفق عليه المؤجر والمستأجر في نهاية الاجارة في أن يضم البناء لمال المؤجر أو لمال المستأجر^(٤)

٤) حقوق الملكية الادبية والفنية والصناعية

٣٠ — أشار القانون المصرى الى هذه الملكية بالمادة ١٢ مدنى أهلى (ولا نظير لها بالمختلط) فى قوله: « يكون الحكم فيما يتعلق بحقوق المؤلف فى ملكية مؤلفاته وحقوق الصانع فى ملكية مصنوعاته على حسب القانون المخصوص بذلك » والقانون الخاص هذا لما يصدر بعد وقد طال أجل انتظاره . وحق الملكية هذا هو ما يستفيد صاحبه ماليا من طبع مؤلفه أو من طبع ما يتخيله من الصور أو من صنع الاشياء بناء على طريقة يبتكرها هو أو من يبعه لحق احادة الطبع والنشر والصناعة . وقصارى القول ينحصر هذا الحق فى انه احتكار لاستغلال معين^(٥) يختلف عن الملكية فى أنه على الاقل حق مؤقت لا دائم . ولذا نقد الشارحون تسمية هذا الحق بالملكية^(٦) على أن الآراء متفقة على اعتبار هذا الحق فى عداد المنقولات باعتبار أنه يستحيل فى النهاية الى مبلغ من النقود^(٧)

(١) دالوز براتيك ن ٢٠ (٢) دالوز براتيك ن ٢٣ (٣) قارن جراثمولان فى

المقود ص ١٤٠ ن ٣٨٩ - وقارن المادة ٣٩٤ / ٤٨١ مدنى الخاصة بالمفروسات

(٤) وللفهم هنا اثر رجعى بالنسبة لمن ضم اليه دالوز ن ٢٤ — وأما بشأن المحتكر الذى يبنى

فى أرض محكرة انظر مرجع القضاء ج ٢ ن ١٨٧٤

(٥) Monopole d'exploitation (٦) كولين وكابتان ج ١ ص ١٩٤

(٧) دالوز ن ٢٠١

٥) في الوظائف المحتركة

٣١ - الوظائف العمومية المحتركة بفرنسا هي عبارة عن حق بعض أفراد كالموثقين والمحامين لدى محكمة النقض والابرار والمحضرين والكتابة والسماحة في أن يقدموا خلفهم الى الحكومة لتقره وأن يتقاضوا منه مبلغاً ثمناً لاصفقة وتقرر هذا النوع من الاحتكار بفرنسا بقانون سنة ١٨١٦ أملاً في معالجة الحالة المالية عقب تصفية حروب نابليون . على أن الثورة الفرنسية قضت على هذا النوع من الاحتكار . وكانت هذه الوظائف معدودة قبل الثورة في عداد المقارات المجازية وأصبحت الآن منقولة

٦) المحلات التجارية

٣٢ - يتكون المحل التجاري من جملة عناصر :

الاشياء المادية وهي البضائع ومهمات المحل وأدواته . ومن أشياء غير مادية^(١) كالعملاء جملة^(٢) واسم المحل^(٣) والحق في التأجير (لما للتأجير في المحلات التجارية من الاهمية الخاصة كالتقاوى والمطاعم) . وشهادات الاختراع^(٤) وعلامات المصنع

وتعتبر هذه العناصر بوجه عام كلا واحداً . وهذا السكل الواحد يعتبر شيئاً مادياً^(٥) وهو المحل التجاري^(٦) ويدخل في طائفة المنقولات^(٧)

٣٣ - وهناك رأى آخر . ومع بساطته فانه يقرب من الحقيقة . اذ لا يعتبر المحل التجاري كائناً قانونياً^(٨) أى شيئاً مكوناً من جملة أشياء . بل يرى أن كل

Clientèle (٢)

Biens non matériels (١)

Brevets d'invention (٤)

Enseigne (٣)

Fonds de comerce (٦)

Bien corporel (٥)

(٧) ليون كان مع رينو موزج القانون التجارى الطبعة التاسعة ن ٤٣٢ . ومطول القانون

التجارى الطبعة الرابعة ج ٣ ن ٢٤٠ وما بعدها (٨) Universalité juridique

شئ يتكون منه المحل التجارى مستقل بذاته وحافظ لكيانه الذاتى . نعم ولو أنه يمكن جمع هذه الاشياء المكونة للمحل التجارى والتصرف فيها صفقة واحدة كبيع المحل التجارى أو رهنه ، إلا أنه مع ذلك يمكن التصرف فى كل منها على حدة باعتبار كل عنصر من عناصره متميزاً عن بقية العناصر الاخرى . أى يجوز بيع العنصر الواحد ورهنه دون العناصر الاخرى . وعلى ذلك ليس جائزاً القول بتقرير مبدأ اللاقابلية للقسمة على هذه العناصر المختلفة ^(١) . وعلى هذا رأى الأخير لا يعتبر المحل التجارى شيئاً واحداً فقط بل مجموعة من حلة أشياء وبناء عليه لا محل لدرج المحل التجارى ضمن طائفة العقارات أو المنقولات . ويصح اعتباره كثرة الانسان أو ماله ^(٢) . ومعلوم أنه لا يمكن المجازفة بالقول فى أن ثروة الانسان عقارية أو منقولة كما فى حالة التركة الموروثة أيضاً ^(٣) .

على أن رأى العلمى الذى جرى عليه فقهاء القانون من زمن هو اعتبار المحل التجارى فى عداد المنقولات . وقد أقر هذا رأى علماء الوقت الحاضر وقضاء المحاكم أيضاً . ولقد غلبا بعض رجال الفقه وأيدىهم فيه حكم من أحكام القضاء الفرنسى من حيث اعتبار المحل التجارى فى مجموعه كائناً قانونياً ^(٤) الى القول بأنه فى الاحوال النادرة التى يحصل استغلال المحل التجارى بعمارة ^(٥) مهياة له خاصة ومملوكة لنفس التاجر ، يجب اعتبار نفس هذا العقار جزءاً من المحل التجارى وعنصراً من عناصره ، أى يجب اعتباره فى هذه الحالة منقولا ^(٦) وهذا رأى على ما فيه من راحة المنطق المؤكد فانه يظهر للعيان مبلغ ما يشوبه من العيوب الظاهرة فى جعل المحل التجارى شيئاً غير قابل للتجزئة ودرجه ضمن طائفة المنقولات بحكم القانون

(١) تالير . موجز القانون التجارى الطبعة الرابعة سنة ١٩١٠ و٨٦٠ وما بعده — دالوز ٢٠٢٥

(٣) كولين وكابتان ج ١ ص ٦٦٦

(٢) Patrimoine

(٥) Immeuble

(٤) Unité juridique

(٦) د ٩٩ ، ١ ، ٣٠٣ — د ٢٤٩ ، ٢ ، ٩٠٣ ، ٤ ومقال Valéry

(٧) حقوق الدائنية

٣٤ - قلنا ان حقوق الدائنية ^(١) ما عدا بعض الحقوق النادرة وهي حقوق الدائنية العقارية ، هي حقوق منقولة دائما لأن محلها في الغالب تسليم منقول ولانه في حالة ما اذا كان محل الالتزام التمتع بعمل أو الامتناع عن عمل فان هذه الالتزامات ما دام أنها ليست عقارية فهي لا بد أن تكون حتما في عداد المنقولات ما دام أن الأشياء لا تخرج في تقسيمها عن كونها اما عقارات أو منقولات . وقد وردت هذه الحقوق بالمادة ٥٢٩ فرنسي بطريقة غاب عليها المارحون كيفية صيغتها . واتفقوا على أن هذه الحقوق هي ما يأتي :

(١) حقوق الدائنية بالقيام أو الامتناع عن عمل

(٢) الديون الحالية ^(٢) أو التي ستحل بعد

(٣) سندات الشركات التجارية ^(٣) . والسند هو غير السهم ^(٤) ولا تصدره الشركة الا عند ما تشر بمحاجة الى المال فتقرض وتقسم مبلغ القرض الى حصة سندات وتعرضها في أسواق الاكتتاب . وتتمهد بدفعها في أوقات معينة والغالب أن يكون الدفع بالاقتراع والسحب سنويا

(٨) المرتبات

٣٥ - المرتبات أو الايرادات ^(٥) وردت بالمواد ٤٧٩ / ٥٨٣ - ٤٨١ /

٥٧٩ مدني وهي تتعلق بالمقود المساهة وتشرح معها

(٩) حصص الشركاء في الشركات المدنية والتجارية

٣٦ - الشركة كما نعلم عقد يتفق فيه شخصان أو أكثر على جعل شيء ملكا مشتركا بينهم واقتسام غلته التي يمكن أن تنتج منه . وعلى ذلك يجب على

كل عضو أن يقدم حصته للشركة^(١) وبذلك يصبح مالكا لجزء من رأس مال الشركة^(٢) متناسبا مع حصته . وتسمى حصته مهما^(٣) اذا كانت الشركة مكونة من أسهم (كشركة المساهمة وشركة التوصية المساهمة) وتسمى الحصة فى الشركات الأخرى (كالشركات المدنية وشركات التضامن وشركات التوصية البسيطة) نصيبا^(٤) وأشارت المادة الفرنسية ٥٢٩ الى هذين النوعين

ويختلف السهم^(٥) عن النصيب^(٦) فى جملة مسائل وأهمها أن السهم جزء من رأس مال الشركة قابل للتحويل بين الأحياء وللتوارث بعد الوفاة . ولذا لا تنحل شركة المساهمة بموت أحد المساهمين . ويجوز للمساهمين التصرف فى أسهمهم . وعلى العكس من ذلك شركات الأشخاص أو شركات الانصب^(٧) فانه يترتب على موت أحد الاعضاء انحلال الشركة . ولذا يقال أحيانا بأن شركات الانصب^(٨) شركات أشخاص^(٩) وأن شركات المساهمة شركات رؤوس أموال^(١٠)

أما حصص الشركاء فى الشركات مهما كانت أنواع الحصص من أسهم أو أنصب^(١١) فانه تعتبر منقولة حتى ولو كان رأس مال الشركة مكونا من عقارات أى لو كانت ثروة الشركة أموالا ثابتة

وعلى ذلك يقولون فى العادة ان حصة الشريك تعتبر منقولة لان الشركاء لا يعتبرون فيما بينهم مالكيين على الشيوع للعقارات المكونة لثروة الشركة ولان هذه العقارات هى ملك خاص للشركة باعتبارها شخصا معنويا مستقلا بذاته^(١٢)

Capital social (٢)	Apport (١)
Intérêt (٦) Action (٥)	Intérêt (٤) Action (٣)
Société de personnes (٨)	Sociétés par intérêts (٧)
	Société de capitaux (٩)
Personne juridique (١٠) ويستند هذا الرأى الى الاعمال التحضيرية للقانون الفرنسى .	
ذلك أن الخطيب Goupit - Prefeln قال فى معرض شرح المادة ٥٢٩ المذكورة ما يأتى :	
« وكل شركة تعتبر شخصا أدبيا يقوم بإدارة شؤون الشركة . وليس لكل شريك الحق فى رهن حصته الشائمة فى الشركة Part virile رهنأ رسميا اذا كان رأس مال الشركة مكونا من عقارات	
(أموال ذهبي — ٦)	

وعلى ذلك تكون حصة الشريك في الشركة عبارة عن الحق في المطالبة بالنصيب في الارباح والمطالبة بالنصيب في رأس مال الشركة بمقدار انحصاله . ولا يعتبر مع ذلك هذا الحق حق دائنية ^(١) على خلاف سند القرض في الشركة ^(٢) فإنه يعتبر حق دائنية . ذلك لأن هناك فروقاً قانونية لا نزاع فيها بين السهم والسند لأن صاحب السند ^(٣) دائن وأما المساهم ^(٤) فهو عضو في الشركة ^(٥) وحق هذا الأخير هو حق خاص قائم بذاته كحق كل عضو في الشركة ^(٦) وليس هو لا بالحق العيني ولا بحق الدائنية . ولكن اعتباره حقاً منقولاً أمر مقطوع فيه ^(٧)

٣٧ — على أن هناك ملاحظتين لا بد منهما :

أولاً — أشارت المادة ٥٢٩ فرنسي الى الشركات المالية والتجارية والصناعية ولم تشر الى الشركات المدنية . فهل يستفاد من ذلك أن حكم المنقول لا يسرى فقط الا على أسهم وأنصبة الشركات التجارية ؛ ان حكم المنقول يسرى على النوعين من الشركات التجارية والمدنية ما دام أن القضاء بفرنسا ومصر قرر أن للشركات المدنية شخصية معنوية متميزة عن شخصية أعضائها . لأن هذه الشخصية الاعتبارية ضرورة حتمية لطبيعة الشركة ^(٨)

ثانياً — تقول المادة ٥٢٩ المذكورة بأن الاسهم والانصبة تعتبر في حكم المنقول طالما أن الشركة قائمة . ويستفاد من ذلك أنه اذا انحلت الشركة يصبح

وأما لعضو الحق في المطالبة بنصيبه في الارباح Dividende طبقاً لقصد الشركة أو المطالبة بحمل الشركة أو بتصفية نصيبه في الشركة . ولكن ما دام أن الشركة قائمة فيه لا يعتبر مالكاً لنصيبه في عقار الشركة يستغله كما يشاء ، بل هو مالك قطع لنصيبه في قيمة هذا العقار (كولين وكابيتان ج ١ ص ٧٠٣)

(٣) Obligataire

(٢) Obligation

(١) Dr. de cr.

(٥) Associé

(٤) Actionnaire

(٦) Droit sui generis

(٧) س ، ٩٧ ، ٢ ، ٢٤١ ومقال Tissier وانظر Rev. critique. t. 34, p. 135

— كولين وكابيتان ص ٧٠٤

(٨) فيما يتعلق بشخصية الشركات المدنية انظر مقال Meyniat مجلة س ، ٩٢ ، ١ ، ٧٣

أعضاؤها في حالة شيوع بالنسبة لأموال الشركة ^(١) حتى تحصل القسمة وعلى ذلك اذا كان مال الشركة ^(٢) عقاراً أصبح حق العضو بعد الانحلال حقاً عقارياً ولكن اذا أخذ بهذا التدليل في فهم المادة ٥٢٩ المذكورة لتعارض ذلك مع الضرورات التي روعيت في تقرير الشخصية المعنوية للشركة، ذلك لانه من الاهمية بمكان أن تظل الشركة حافظة لكيانها باعتبارها شخصاً معنوياً أثناء التصفية حتى تبقى أموالها متميزة عن أموال أعضائها وحتى يظل دائنوها حافظين لحقهم في تقاضى ديونهم من أموال الشركة على هذا الاعتبار الشخصى المعنوى . وعلى ذلك استقر الرأى على اعتبار الشركة ذات شخصية معنوية بعد انحلالها حتى تنتهى عملية التصفية . ويترتب على ذلك أن حق العضو الشريك يظل هو الآخر حقاً منقولاً . وليس في هذا الرأى مخالفة صريحة لنص المادة ٥٢٩ لأن الشركة تعتبر وهى محولة قائمة وموجودة حتى تتم التصفية

في الأملاك العامة

٣٨ - الاملاك العامة ^(٣) هى الاملاك التى تملكها الدولة ^(٤) وهى غير الاملاك التى يملكها الافراد . وللحكومة حق استغلالها وادارتها والاشراف عليها ولها حق نقلها الى أملاك خاصة للحكومة أى أملاك حرة ثم التصرف في هذه الاخيرة كما يتصرف الافراد في أملاكهم . وللأملاك العامة أحكام مغينة بها وهى واردة بالقانون على سبيل الحصر (٩ - ١٠ / ٢٥ مدنى و ٥٣٧ - ٥٤٣ فرنىس)

في أصل التفرقة بين الأملاك العامة والأملاك الخاصة

الاموال الخاصة ^(٥) هى ما تملكها الحكومة خاصة وتديرها كما يدير الفرد أملاكه ولها بوجه عام حق التصرف فيها وهى في ذلك لا تختلف في الظاهر عن

(١) Indivision (٢) Avoir social (٣) Biens domaniaux أو Domaine

(٤) Etat (٥) Domaine privé

الاملاك المملوكة للأفراد . فالأطيان التي تملكها الحكومة والتي توجرها للغير أو تبيعها لهم تعتبر أملاكاً حكومية خاصة . وتسرى هنا المبادئ التي قررها القانون المدني للأفراد من حيث تعاقدها الحكومة مع الأفراد بشأن هذه الاملاك الخاصة وأما الاملاك العامة ^(١) فهي الاملاك التي يفتقح بها الناس كافة كالأنهر والترع ومين البحار والطرق والشوارع والميادين العامة وهذه الاملاك لا تخضع لأحكام القانون المدني فيما يتعلق بالملكية . ولا يمكن أن يقال عنها أيضاً بأنها مملوكة للحكومة . ذلك لأن الملكية في ذاتها تتكون من ثلاثة عناصر : حق الاستعمال ^(٢) وحق الاستثمار ^(٣) وحق التصرف ^(٤) وأول هذه العناصر وهو حق الانتفاع لا تملكه الحكومة بل يملكه الكافة ^(٥) أي جميع الناس بما فيهم الأجانب . وأما حق التصرف فلا محل له هنا لأنه لما كانت الاملاك العامة وفقاً على خدمة الجمهور فلا يمكن القول بأنها تكون محلاً للتصرف فيها وتحميلها بحقوق عينية تعطل من منفعتها وتذهب بما وضعت له

٣٩ - وتختلف الاملاك العامة عن الاملاك الخاصة فيما يأتي :

(١) لا يمكن التصرف في الأملاك العامة ^(٦) (المادة ٢٥/٩ مدني)
وأما الاملاك الحرة فيمكن التصرف فيها طبقاً للأوامر الإدارية التي تسنها لهذا الغرض

(٢) لا تمتلك الاملاك العامة بمعنى المدة ^(٧) (المادة المذكورة) وعلى العكس من ذلك الاملاك الخاصة أي الحرة فانها تمتلك بالتقادم (المادة ٢٢٢٧ مدني وهي تقرر قاعدة عامة)

(٣) لا يجوز تحميل الاملاك العامة بأي حق ارتفاق ما . وعلى العكس من ذلك الاملاك الخاصة المملوكة للحكومة فانها كأمالك الأفراد سواء بسواء

(١) Domaine public (٢) Usus أو Usage

(٣) Fructus أو Recueillir les fruits (٤) Abusus أو Aliéner

(٥) Public (٦) Inaliénables (٧) Imprescriptibles

٤ (الاملاك العامة غير قابلة للحجز عليها^(١)) (المادة ٩ المذكورة) ويلاحظ الشارحون أن هذه الميزة ليست خاصة فقط بالاملاك العامة بل هي تتمشى أيضاً على الاملاك الخاصة المملوكة للحكومة . ذلك لان المالكين يتمتعان ببعضها البعض فيصبحان وفقاً على المصلحة العامة ولانه في الاصل تحصل تصفية ديون الحكومة بطرق خاصة بحيث لا يمكن الالتجاء الى طرق التنفيذ ضد الحكومة . كل ذلك لانه من المفروض أن الحكومة موصرة وليست معسرة

٤٠ — ويظهر أن هذه التفرقة بين الاملاك العامة والاملاك الحكومية الخاصة ليست قديمة وهي من عمل القضاء ورجال الفقه الفرنسي^(٢) ولم يرد لها بالقانون الفرنسي نص وكذلك القانون المصري مع أنه وضع سنة ١٨٧٥ وسنة ١٨٨٣ بعد ان تقررت التفرقة بفرنسا قضاء وفقها^(٣)

٤١ — وجاءت الثورة الفرنسية سنة ١٧٨٩ وأبقت الاملاك الخاصة بالملك في يده وقررت سنة ١٧٩٠ بأن الاملاك العامة ملك للامة وانه يجوز التصرف فيها بشروط خاصة . ويراد في ذلك العصر بالاملاك العامة ما كان منها طاماً للدولة وما كان منها خاصاً للحكومة . وهذا الخلط بين الاموال الحكومية العامة

(١) Insaisissable (٢) كابتان ص ٧٠٦

(٣) على أن هناك آثاراً تم أحياناً على قدم نظرية الاملاك العامة ومنها منشور مولين سنة ١٥٦٦ Edit de Moulin إذ قرر عدم قابلية الاملاك العامة للتصرف . ولكن تسارع الى ملاحظة أن هذا المنشور ليس خاصاً بما يسمى في الاوقات الحاضرة بالاملاك العامة بل هو خاص بالاملاك التي يمتلكها العرش Domain de la couronne وهي الاملاك التي يمتلكها الملك لمناسبة توليته عرش الملك باعتباره ملكاً كالاراضي والنباتات والصروح والقصور والاموال التي تتحصل من المصادرة Confiscation ومن لا وارث له بعد الوفاة وهكذا . وهذه الاشياء هي الآن من الاملاك العامة بما فيها الاموال المتحصلة المذكورة إذ تدخل ضمن ميزانية الدولة بينما كانت ملكاً خاصاً للملك تتصرف فيها تصرف الملك في ملكه . ولما رأنا المحاكم العليا Cours souveraines بفرنسا خطر هذه الملكية الخاصة على ميزانية الدولة وحاجة الميزانية الى هذا المال كانت تأني هذه المحاكم تسجيل تصرفات الملك في هذه الاموال وعلى ذلك تقررت المساعدة الواردة بالمشور المذكور سنة ١٥٦٦ وتقررت لها استثناءات فيما كان يهبه الملك لافراد أسرته apanage ولنسبة الحروب . على أن المال الموهوب كان يعود للحكومة بعد وفاة الموهوب له وكان الحكومة حق استرداد الموهوب في الحرب rachat (كابتان ص ٧٠٧)

والاموال الحكومية الخاصة قد تسرب أيضاً الى الشارع الفرنسى سنة ١٨٠٤ الى الشارع المصرى سنة ١٨٧٥ وسنة ١٨٨٣ ذلك لأن المادة ٥٣٨ مدنى فرنسى ذكرت بأنه يعتبر من الاملاك العامة « الشوارع والطرق والحوارى والانهار والنهيرات التى يمكن الملاحة فيها والاراضى التى تتكون من طمى البحر ^(١) ، والاراضى التى تنكشف عنها المياه والمين والمراسى ^(٢) والموارد ^(٣) وبوجه عام جميع أجزاء الاراضى الفرنسية التى لا يمكن أن تكون ملكاً للأفراد » وقد خلطت هذه المادة بين الاملاك العامة والخاصة اذ ذكرت الأملاك العامة مسجحة فيما يتعلق بالشوارع والطرق والموارد والانهار والنهيرات . ولكنها خلطت بعد ذلك فأضافت اليها الأراضى المتخلفة عن الطمى والاراضى التى تنكشف عنها المياه وهى فى الحقيقة من الاموال الحكومية الخاصة . وقد فعلت ذلك أيضاً المادة المصرية ٢٥/٩ مدنى المنقولة عن المادة الفرنسية مع تصرف فى الشكل . ويتجسم الخلط بين النوعين على الاخص بالمادة ٥٣٩ فرنسى اذ قررت « بأنه يدخل فى عداد الاملاك العامة الاملاك التى لا مالك لها والاملاك التى يموت أصحابها بلا وارث لهم أو التى يهملها الورثة ولا يطالبون بها » ولا مثيل لهذه المادة بالقانون المصرى ولكن القاعدة المتبعة بمصر أن الحكومة مالكة للمال الذى لا صاحب له . ويجب على هذا الاعتبار أن يدخل هذا المال بمصر فى عداد الاموال الحكومية الخاصة مادام انه لم يرد نص صريح بادراجها ضمن الاملاك العامة . وتسرب الخلط الى المادة ٥٤٠ فرنسى فيما يتعلق بالجيش وأسوار الميادين الحربية والقلاع . وهو ظاهر أيضاً بالمادة ٢٥/٩ مدنى المذكورة . وربما كان الخلط أظهر فى المادة ٢٥/٩ مدنى المصرية بقررتها الثامنة حيث جعلت فى عداد الاملاك العامة « العقارات الميرية مثل السرايات والمنازل وملحقاتها المخصصة لاقامة ولى الأمر أو لانتظارات أو المحافظات أو المديريات وعلى وجه العموم كافة العقارات المعدة لمصلحة صومية »

ومع وجود هذا الخلط بين النوعين في مجال التشريع لا مناص البتة من اعتبار هذه الاملاك جميعها داخلة ضمن طائفة الاملاك الأميرية العامة التي لا تقبل تقادما ولا تصرفا

الأداة الصحيحة للتفرقة

بين الاملاك العامة والاملاك الحكومية الخاصة

الخلاف في الفقه الفرنسى

٤٢ — رأينا أن المواد الفرنسية والمصرية لم تصب الحقيقة في تمعدها للاملاك العامة لانها لم تقرر الملكية العامة بنفس وجهة النظر المعروفة بها في الوقت الحاضر . لذا يجب معرفة الاداة الصحيحة لهذه التفرقة . وقد قام خلاف بشأن بيان هذه التفرقة وطريقة تقريرها . وهناك رأيان

الرأى الاول : يقول هذا الرأى بأن الصفة العامة للمال انما تتصل برصد هذا المال للمنفعة العامة . فكلما كان المال موقوفا على المنفعة العامة وجب اعتباره داخلا ضمن الاملاك العامة ^(١) وتأيد هذا الرأى من القضاء الفرنسى ^(٢) ويفهم من هذا الرأى أن أى شئ ، عقاراً كان أو منقولاً أصبح مرصوداً على المنفعة العامة والمصلحة العامة ، يعتبر في عداد الاملاك العامة كالترسات والقشلاقات والاسلحة والمهمات الحربية والمراكب الحربية ومراكب النقل والبوستان ودار المحفوظات والعاديات والكتب والآثار ومصنوعات الفنون والاشياء التاريخية والنقود الحكومية والمقارنات المقيمة بها الوزارات والمدارس الأميرية ويؤخذ على هذا الرأى اطلاقه العام في تقرير قواعده وعدم تحديد مناحيه اذ يجمع هذا الرأى بين جميع المقارنات والمنقولات الخاصة بالمنفعة العامة . ويلاحظ

(١) هوريو Hauriou في القانون الادارى الطبعة السابعة ص ٦٧٧ — د ، ٧٧ ، ٢ ، ١٦١

(٢) س ، ٩٥ ، ١٢ ، ١٨٥ والمقال الهام للاستاذ المعروف سالى Saleilles — وحكم

مجلس الحكومة ببوليس : د ، ٩٥ ، ٣ ، ١٠٤ — س ، ١٩٠٤ ، ٣ ، ٦٢

الناقدون لهذا الرأي أن لاجل مطلقا لحرمان الأفراد من التملك بالتقادم لحقوق ارتفاقية على المدارس الأميرية ما دام أنه لا توجد مميزات ظاهرة بين مدرسة حرة ومدرسة أميرية^(١) وكذلك الحال بالنسبة للعقولات

الرأي الثاني : ويذهب هذا الرأي الى التضييق من مجال الاطلاق الذى اختص به الرأي الاول . ذلك أنه لا يعتبر هو من الاملاك العامة الا ما كان بطبيعته غير قابل للملكية الفرد^(٢) ورجح أصحاب هذا الرأي ما قرره دوما^(٣) قبل وضع القانون الفرنسى سنة ١٨٠٤ فى أنه لا يدخل ضمن أملاك الملك الانهار والشواطىء والميادين العامة والشوارع الكبرى لان هذه الأشياء لا يملكها أحد وهى خارجة عن مجال التعامل التجارى واستندوا أيضاً الى ما يمكن أن يفهم ضمناً من المادة ٥٣٨ مدنى فرنسى فى قولها فى ملحقات الاملاك العامة^(٤)

الرأي الثالث : على هذين الرأيين قام رأى ثالث كان هو الحد الوسط بينهما . قال به كولين وكابتن^(٥) وهو الأخذ فى الأصل بالرأى الثانى مع التوسع فيه . ذلك انهما يقولان بأنه يجب فى اعتبار المال من الاملاك العامة أن لا يكون من طبيعته موجوداً للنفعة العامة بل يكفى أن يكون وفقاً عليها دون التشدد فى الرجوع الى طبيعته أى يكفى أن يكون الشيء قد أصبح فى خدمة الكافة بصرف النظر عن طبيعته . بمعنى أنه اذا زالت عنه هذه الصفة وأصبح فى غير خدمة المجموع اتقلب الشيء العام هذا الى شيء خاص يخضع لاحكام الملكية الفردية الخاصة فيقبل التصرف والتملك بالتقادم . وأقر القضاء الفرنسى هذا الرأي^(٦) ويلاحظ بأنه من الواجب أن يؤخذ بما يقرره القانون فيما اذا قرر بأن شيئاً من

(١) كولين وكابتن ص ٧٠٨

(٢) بيرتلى Berthelemy فى القانون الادارى الطبعة الثامنة ص ٤١٢

(٣) Domat (٤) Dépendances

(٥) ج ١ ص ٧٠٩ (٦) د ٢٣٠ ، ٢٩٩ ، ٢٣٠

الاشياء يلحق بالاملاك العامة أو الخاصة . ولكن مع الاخذ بهذا النص القائل بأن شيئاً يعتبر فى عداد الاملاك العامة فانه يجوز مع ذلك اعتباره من الاملاك الخاصة اذا زالت عنه المنفعة العامة أى أصبح خاصاً^(١)

هذا ما قام بين رجال القانون الفرنسى وقضائه من الخلاف فى أصل التفرقة بين الاملاك الحكومية العامة والاملاك الحكومية الخاصة . ولم ينفوا فى الخلاف عند هذا الحد بل اختلفوا فيما اذا كان بعض المباني وبعض المنقولات يمكن اعتباره من الاملاك العامة أم لا

فن حيث المباني^(٢) فقد ألحقها أصحاب رأى الأول بالاملاك العامة كالمدارس والوزارات ما دام أنها مرصودة على المنفعة العامة وعلى العكس من ذلك قال أصحاب المذهب الثانى الذين يستندون الى طبيعة الشيء لاجل ادراجه ضمن الاملاك العامة ما عدا الآثار كأقواس الظفر والاعمدة التى تقام تخليداً لذكرى كبار الرجال والتماثيل باعتبارها من ملحقات الطرق العمومية

ويرى أصحاب رأى الوسط أن يضيفوا على قائمة أصحاب رأى الثانى الابنية العامة التى يدخلها الافراد بلا اذن كالبورصة ودار الآثار والسليخانات وأسواق الخضار واللحوم والموانئ العامة ومحلات الانتجاع الليلية . ويضيفون على ذلك محلات العبادة^(٣) باعتبار أنها وقف على مصلحة الجمهور ، بخلاف أصحاب رأى الثانى فانهم لا يقولون بذلك وعلى الاخص بعد صدور قانون سنة ١٩٠٥ الفرنسى الذى قضى بفصل الكنيسة عن الحكومة^(٤)

أما من حيث المنقولات فقد قام الخلاف بمثل ما تقدم أيضاً . الا أن أغلب القضاء الفرنسى يلحق بالاملاك العامة الصور والتماثيل ومنقولات دار الآثار وكتب المكاتب العامة والاشياء الموجودة بمحلات الدوائى العامة . بمعنى أنه

(١) Déclassé (٢) Bâtisses و Édifices و Constructions

(٤) (٤) ٢٥ ، ٢ ، ٩١٠ ، ٤ د

(٣) Édifice de culte

لا يجوز تملكها بالتقادم ولا التصرف فيها . ويمكن في كل آن مطالبة الحائز لها بردها حتى ولو كان حسن النية لأنه ليس له الاحتجاج بالقاعدة القائلة بأن « حيازة المنقول بحسن نية سند الملكية » ^(١) واضطر الشارع الفرنسي أمام هذا الخلاف أن قرر بقانون ٣٠ مارس سنة ١٨٨٧ الحاق هذه المنقولات بالاملاك العامة

هذا ما قام من الخلاف بين أئمة القانون بفرنسا . اذا علم ذلك فما هو نصيب الشرائع المصرية من هذا الخلاف ؟ وهل لهذا الخلاف أثر في القوانين المصرية ؟ ذلك ما نراه الآن

الأموال العامة والقانون المختلط

٤٣ — قرر واضع هذا القانون الاستاذ « مونورى » ^(٢) بالمادتين ٢٥ و ٢٦ مدنى ما يأتى : « أملاك الميرى » ^(٣) كالاستحكامات والمينات ونحوها لا تقبل أن تكون ملكاً لأحد » (المادة ٢٥) — « كذلك الاشياء المعدة للنافع العمومية كالطرق » ^(٤) والقناطر وشوارع المدن ^(٥) ونحو ذلك لا تقبل أن تكون ملكاً لأحد » (المادة ٢٦) ويلاحظ على هاتين المادتين أنهما غير كافيتين لتقرير الملكية العامة للاملاك العامة . لذا اضطر القضاء المختلط الى الرجوع للمواد الفرنسية ٥٤٣ و ٥٣٧ السابقة ^(٦) وقرر أن أموال الحكومة لا يجوز الحجز عليها ^(٧) وأن العقارات الموهوبة للحكومة من الخديوى اسماعيل تعتبر مأكلاً خاصاً للحكومة تقبل أحكام الملكية الفردية من تصرف ورهن ^(٨) وأن الأشياء المنقولة ماثقة بالأموال العامة اذا تخصصت للمنفعة العامة ^(٩)

(١) د . ٩٧ ، ١ ، ٢٥٧ ومقال Guénée

(٢) Maunoury (٣) Rues (٤) Routes (٥) Biens de l'Etat

(٦) راجع بوريل بك Borelli ص ٦٦ — ٦٧

(٧) بوريل بك ص ٦٧ ن ٣ تطبيقاً على المادة ٢٥ (٨) ن ٦ (٩) ن ٨

الاملاك العامة والقانون الاهلى

٤٤ — لم يوضع القانون المصرى الاهلى القاضى «موريوندو»^(١) نقل مادتي القانون المختلط لما فيهما من النقص والغموض بل عمد الى الايضاح مسترشداً بالقضاء المختلط من سنة ١٨٧٦ الى سنة ١٨٨٣ فوضع المادة ٩ وضماً محكماً رفع به ما كان محلاً للإبهام من قبل وأردفها بالمادة ١٠. اذ بين بالمادة ٩ الاملاك العامة وأخذ فيها بالمذهب الفرنسى الاول الذى قال به «هوريو» كما رأينا. كما أنه أخذ أيضاً بالمذهب الوسط الذى قال به «كولين وكابنان» كما رأينا ذلك فى مكانه أى أن الشارع المصرى فى تقريره للملكية العامة لم يرجع الى طبيعة الشيء فى أنه بطبيعته موقوف على المنفعة العامة كالهواء وضوء الشمس بل رجع الى ما أعد له هذا الشيء طبقاً لرغبة القائمين بالامر بين الاهلين. وهذا هو نفس ما قرره القضاء المختلط فى بعض أحكامه^(٢)

وتكاد المادتان ٩ و ١٠ مدنى أهلى توهمان أن الاموال المحصورة بها والتي اعتبرها الشارع من الاموال العامة قد وردت على سبيل الحصر. ولكن الفقرة ١١ الاخيرة من المادة قررت بأنه يعتبر من الاملاك العامة «... وعلى وجه العموم كافة الاموال الميرية المنقولة أو الثابتة المخصصة لمنفعة عمومية بالفعل أو بمقتضى قانون أو أمر». على أن هذه الفقرة قد نزعت من تعداد الاموال الواردة بصدر المادة ٩ أهميتها من حيث الحصر. الا أننا نرى مع ذلك ضرورة الاشارة الى كل من هذه الاموال بالايجاز.

الاملاك العامة الواردة بالقانون

٤٥ — يرى القضاء «أن تخصيص عين للمنافع العمومية هو اخراج العين

(١) Moriondo (٢) بوريل بك ٦٧ ن.٢ تعليقاً على المادة ٢٥ : استئناف م ١٦ ايو سنة ١٨٧٧ م ر م ٢٠ ص ٣٥٥. وجرى عليه القضاء المختلط فيما بعد — انظر الجداول المشربة الثلاثة تحت عبارة Biens publics

عن الملك وهو الاصل ، ولذلك تحددت الاملاك العمومية في القوانين الجارية العمل بمقتضاها ، فمنها ما يعد ملكاً عمومياً بذاته كالمساجد والسكك الحديدية وخطوط التلغراف والقلاع والخنادق والانهار وغيرها ، ومنها ما لا يعد ملكاً عمومياً بذاته ، ولكن الاعتبار هو الذي يدخله في عداد تلك الاملاك ومن هذا النوع بعض الطرق والمساق والمصارف ^(١) .

وقالت المادة ٩ ما يأتي : « الاملاك الميرية المخصصة للمنافع العمومية ^(٢) لا يجوز تملكها بوضع يد الغير عليها المدة المستطيلة ^(٣) ولا يجوز حجزها ^(٤) ولا بيعها ^(٥) انما الحكومة ^(٦) دون غيرها ^(٧) التصرف فيها بمقتضى قانون ^(٨) أو أمر ^(٩) . وتشمل الاملاك الميرية .

أولاً : — « الطرق ^(١٠) والشوارع ^(١١) والقناطر ^(١٢) والحواري ^(١٣) التي ليست ملكاً لبعض أفراد الناس »

أى أن هذه الممرات اذا كانت غير مملوكة لفرد من الافراد اعتبرت عامة بوجه عام سواء كانت ببلد يسرى عليه قانون التنظيم الصادر في ٨ سبتمبر سنة ٨٩ وقرار وزارة الاشغال الصادر في نفس التاريخ أو لا يسرى ^(١٤) أما اذا كان الممر مملوكاً للفرد فإنه يظل ملكاً له خاصة برغم مرور الناس منه . لأن مرورهم يعتبر من قبيل التسامح فيه الا اذا أهمل أمر رعاية الشارع واهتمت به الحكومة من وضع النور فيه ورصفه وكنسه ورشه فإنه يصبح ملكاً عاماً اذا زالت ملكية صاحبه عنه بالتقادم الطويل أى أن الملكية العامة تكتسب بالتقادم لأن اكتسابها نتيجة حتمية لزوال الملكية الخاصة . ويستحيل أن تخرج ملكية

(١) استئناف ١٥ مارس سنة ٩٠٤ ح ٢٢ ص ١٢ — مرجع القضاء ج ٢ ن ٨٣٨

(٢) Le domaine public de l'Etat (٣) Imprescriptible

(٤) Insaisissable (٥) Inaliénable (٦) Gouvernement

(٧) Seul (٨) Loi (٩) Décret (١٠) Chemins

(١١) Routes (١٢) Ponts (١٣) Rues

(١٤) ش ١ ص ١٦٠ عدد ٣٠٩ — مرجع القضاء ن ٨٣٩

الطريق العام عن هذين الاحتمالين الملكية العامة أو الملكية الخاصة . وعبرة الفقرة تشعر بأن الاصل في الطريق المطروق بالناس أن يكون عاماً وأن ملكية الفرد له عرض لهذا الاعتبار الاصلى أى أن هناك قرينة^(١) على الملكية العامة^(٢) ويمكن اثبات الملكية العامة بجميع أوجه طرق الاثبات ولا يعبأ بعدم وجود قرار من الادارة بالملكية العامة^(٣)

ثانياً — السكك الحديدية وخطوط التلغرافات الميرية » وكذلك خطوط التلغرافات بعد شراء الحكومة للتلغرافات من شركة التلغرافات

والعرض من السكك الحديدية ليست الأشرطة الحديدية (لان ذلك يدخل في الفقرة ١١ الاخيرة من المادة) انما العرض قطعة الارض المحددة بالأشرطة من جانبيها . ولا تقف الملكية العامة عند هذين الجانبين المعينين بالأشرطة بل تمتد من جهة كل جانب الى الجسر الذى يلى الشريط والى الخندق المجاور له والى الجنازية المجاورة للخندق (الجنازية المعدة للبرور) وأما ما بعد الجنازية فهو ملك للأفراد . انما لا يجوز لهم التصرف فيه على عرض خمسة أقصاب الا بعد أخذ رضا مصلحة السكك الحديدية^(٤)

ثالثاً — « الحصون »^(٥) والقلاع^(٦) والخنادق^(٧) والاسوار^(٨) والأراضي الداخلة فى مناطق الاستحكامات^(٩) ولورخصت الحكومة فى الانتفاع بها لمنفعة

(١) Présomption (٢) قانون ج ع ٣ ص ٧٦ ن ٨٠٠ فى الجبانات

(٣) ج ع ٣ ص ٧٦ ن ٨٠١ و ن ٨٠٤

(٤) منشور باشمعاون خديوى فى ٢٠ محرم سنة ١٢٨١ — ٢٥ يوليو سنة ١٨٦٤ — المادة ١٤ من اللائحة السعيدية للاطيان الصادرة فى ٥ أغسطس سنة ١٨٥٨ . وفيما يتعلق بالخلاف القائم بين الناس المصرى والنس الفرنسى ، راجع حكم الاستئناف المختلط ٢١ يونيو سنة ١٨٨٨ ج ع ٢ ص ٥٨ ن ٦٢٠ — ٦٢٢ وانظر مجموعة القوانين العقارية فى الديار المصرية النسخة العربية سنة ١٩٠١ ص ٤٨ والبند ١٤٠ . ولم يبلغ هذا المنشور بل لا زال قائم الامر من حيث مغفوله القانونى كما قرر القضاء الاهل ذلك . لانه يعتبر بمثابة قانون وقت صدوره : م ر ١ ، ١٤ ص ١٦ عدد ٣٣ — م ر ١ ، ١٧ ، ص ١٠٧ عدد ٦٥ — ش ٣ ص ٣٧٣ عدد ١١٦ — رجع ن ٨٤٧ . وعكس ذلك ن ٨٤٦ وهذا الحكم الاخير فى غير محله وقد عدل عنه القضاء كما مر — ج ع ٢ ص ٥٨ ن ٦٢٠ (٥) Forferesses (٦) Citadelles (٧) Fossés (٨) Remparts (٩) Zones des fortifications

عمومية أو خصوصية

هذه الاموال من الاملاك العامة ولو كانت الحكومة أجازت للغير استغلال الاراضى الداخلة فى مناطق الاستحكامات سواء كان الاستغلال للمنفعة العامة أو الخاصة . لان الحكومة باعتبارها مشرفة على الاملاك العامة بوجه عام يجوز لها استغلالها من طريق التأجير للغير . وليس من شأن التأجير المساس بما أعدت له أو جعلها تخرج من طائفة الاملاك العامة الى الاملاك الخاصة . فلها أن تؤجر بعض الاملاك العامة لاجل أن تقام به الاسواق والمولد ولها أن تقيم بها التماثيل وغير ذلك ^(١) . وإذا جاء الافراد واستغلوا بعض الاملاك العامة بلا أجره يدفعونها للحكومة جاز لها مقاضاتهم ومطالبتهم بتعويض ، كما يحصل بالنسبة لاصحاب المهارات الذين يضعون أدواتهم الاولى بالشوارع بلا رخصة من الحكومة ^(٢)

وإذا رأت الحكومة تحويل بعض الاستحكامات من الاملاك العامة الى الاملاك الخاصة بالحكومة ^(٣) فلا يترتب على ذلك ، الا باحة للفرد بالانتفاع بلا مقابل . لان المال العام الخاص بالحكومة أى المملوك للحكومة باعتبارها كائناً معنوياً ، أى شخصاً أدبياً ، مال تستغله الحكومة كما يستغل الفرد أمواله ^(٤)

« رابعا - الشواطىء ^(٥) والاراضى التى تتكون من طمى البحر ^(٦) والاراضى التى تنكشف عنها المياه ^(٧) والمين ^(٨) والمراسى والموارد ^(٩) والارصفة والأحواض ^(١٠) والبرك ^(١١) والمستنقعات ^(١٢) المستصلحة المتصلة بالبحر مباشرة والبحيرات المملوكة للبرى »

هذه الاشياء الواردة بهذه الفقرة هى من الاملاك العامة بنص القانون . ولكن لاحظنا عند ما تكلمنا على المادة ٥٣٨ مدنى فرنسى أن الشارع ذكر بتلك المادة

(١) ج ع ٣ ص ٧٥ ن ٧٩٧ و ٧٩٧ (٢) ج ع ٣ ص ٧٥ ن ٧٩٦

Déclassement (٣)

(٤) ج ع ٢ ص ٥٠ ن ٦٣٣ (٥) Rivages (٦) Lais (٧) Relais

(٨) Ports (٩) Havres et radès (١٠) Quais et docks

(١١) Marés (١٢) Étangs

أن الشواطىء والاراضى المكونة من طمى البحر والاراضى التى انحسرت عنها المياه الى آخر ما ورد بالمادة الفرنسية والفقرة المصرية هى من ملحقات^(١) الاملاك العامة . ولقد رأينا أن الشارحين فسروا ذلك بأن هذه الاشياء تعتبر من الاملاك الخاصة أى المملوكة للحكومة خاصة . ولكن مادام أن القانون المصرى الاهلى قرر انها من الاملاك العامة فلا محل للجدل بعد ذلك . أما القانون المختلط فانه لم يذكر بالنص بمادتيه ٢٥ و ٢٦ مدنى الاراضى المكونة من طمى البحر والاراضى التى انكشف عنها البحر . ولذا جاء القضاء المختلط^(٢) ولم يشأ تفسير المادتين بما يطابق ما جاء بالمادة الاهلية بل رجع الى المادة ٥٣٨ فرنسى واعتبر هذه الاراضى من الاملاك الحكومية الخاصة وأباح تملكها كما تملك اراضى الافراد بمضى المدة سواء كان انحسار المياه طبيعياً أو بفعل الانسان^(٣)

Dépendances (١) (٢) ج ع ٣ ص ٧٦ ن ٨٠٣

(٣) وانا لا نستطيع أن نقر هذا القضاء فى رأيه لجملة أسباب : أولاً — نعم ولو ان الشارع المصرى رجع فى وضع المادتين ٢٥ و ٢٦ مدنى مختلط الى التشريع الفرنسى (للواد ٥٣٧ — ٥٤٣) الا أنه صاغ هاتين المادتين بطريقة غامضة مبهة لجأت عبارتها مشوهة لا تكشف عن معنى صحيح فكان يجب فى تفسيرهما الرجوع الى القانون الاهلى والى ما قرره المادة ٩ مدنى بالفقرة الرابعة حتى لا يكون بمصر مذهبان متنازعان فى مسألة واحدة تهم المصلحة العامة لانها تفصل فى الاملاك العامة . ثانياً — كان على القضاء المختلط أن لا يقف فى بحثه عند المادة ٩ الاهلية المذكورة بل يجب عليه أن يتعرف المذهب التشريعى الذى جرى عليه المشرع المصرى فى تقنينه فيما اذا كان قد أخذ بالمذهب الاول الواسع (مذهب هوريو) أو المذهب الثانى (مذهب بيرتيللى) أو المذهب الوسط (مذهب كولين وكابنان) وهو أصبح المذهب . وهو هو ذلك المذهب الذى جرى عليه الشارع المصرى الاهلى بأن رجع فى اعتبار الاملاك العامة الى ما أعده الشارع نفسه لهذه الاملاك بأن أوقفها على المنفعة العامة بحرف النظر عما اذا كان الشيء بطبيعته موقوفاً على المنفعة العامة أو انه يحتمل بطبيعته المنفعة العامة والمنفعة الخاصة . ثالثاً — انه من الخطر على التشريع فى بلد واحد أن يكون الشيء المرصود على المنفعة العامة محل شك عند الافراد فيترددون فى معرفة ما اذا كان من الاملاك العامة أو الاملاك الخاصة للحكومة . ومن لوازم انسجام التشريع أن تكون الروح واحدة ومتشعبة فى أحشاء القانون من بدئه لنهايتيه فان فات ذلك الشارع وجب على القضاء ، والفقهاء أيضاً ، معالجته . رابعاً — لا محل لهذا للتفسير الذى جاء به القضاء المختلط سنة ٩١١ (استئناف ١٦ مارس سنة ٩١١ م ت ق ، ٢٣ ، ٢٢٦) وربما يكون مذكوراً فى قضاءه السابق على التشريع الاهلى

وذكرت الفقرة المذكورة أن الشواطئ من الاملاك العامة . فهل يـ
هذا الحكم على الماضي أيضاً ؟ أو بعبارة أخرى هل لحكم المادة ٩ مدنى أثر
على الماضي ؟ أجاب القضاء بالسلب ^(١) وحجته أن كل شيء يمكن تملكه أ.
امتلاكه مباحاً . ومتى امتلك الفرد الشاطئ قبل صدور القانون الاهلى سنة ٣
فقد امتلك شيئاً قابلاً للملك . قال القضاء ذلك رداً على ما دفعت به الحكـ
فى أن شاطئ البحر هو دائماً وأبداً قبل صدور القانون وبعد صدوره من ا
العامة . وما قالته الحكومة صحيح وما رد به القضاء غير صحيح . لأذ
الاملاك العامة كما رأينا فى مذهب « بيرتلى » ما يكون بطبيعته مرصوداً
المنفعة العامة . وبما لا شك فيه أن شاطئ البحر عام لكل طارق ويستحى
يملكه فرد ويلتفع به دون الآخرين

خامساً : — « الانهار والنهيرات » ^(٢) التى تمكن الملاحة فيها ^(٣) والترى
التي على الحكومة اجراء ما يلزم لحفظها وبنائها بمصاريف من طرفها ^(٤)
ذلك يعتبر النيل من الاملاك العامة وكذلك مجرى النيل ^(٥) . والمجرى
الجزء الذى يجرى فيه النيل عادة وقت الفيضان العادى

فاذا هبطت مياه النيل مدة التحاريق اعتبرت الارض التى انحسرت عنها
ملكاً عاماً أيضاً ^(٦) . واذا ظل الانحسار زمناً طويلاً وزالت عن الارض
المنفعة العامة أصبحت فى عداد الاملاك الخاصة بالحكومة ^(٧) ومياه النيل

(١) استئناف ١٨ مارس سنة ٩١٦ ش ٣ ص ٤٣٠ عدد ٤٣٠

(٢) Fleuves et rivières (٣) Navigables ou flottables (٤) aux

(٥) أنظر لأتمه الترع والجسور الصادرة فى سنة ١٨٩٦ — مرجع القضاء ن ١٤٤
ويقرر القضاء بأنه يؤخذ من المادة ٩ أن لكل ترعة عمومية « حرم » على جانبيها مخصص
الصومية : مرجع القضاء ن ٨٤٥ والهامش ١ ص ٢٦٦ من ذلك الكتاب . وجسر الترع
الاموال العامة : ج ع ٢ ص ٥٨ ن ٦١٧ (٦) Lit
(٧) ج ع ٣ ص ٧٤ ن ٧٨٧ (٨) ج ع ٣ ص ٢٦ ن ٨٠٤

الاملاك العامة وللأفراد حق أخذها منه ^(١) على شرط مراعاة لوائح الرى . وجسور النيل من الاملاك العامة ^(٢) وكذلك جسور الترع العامة التى تعنى بأمرها الحكومة الا اذا زالت عنها صفة المنفعة العامة فانها تستحيل الى ملك خاص بالحكومة يقبل التملك والتصرف العادى فيه ^(٣) وأما الترع الخاصة بالأفراد فهى ملك لهم ينتفع ملاكها دون غيرهم بمياهاها . واذا كانت التربة مخصصة للمنفعة العامة وزالت عنها هذه الصفة زمناً طويلاً استحال الى ملك خاص للحكومة . فاذا انتفع بها أحد الافراد فانما ينتفع لنفسه خاصة وليس له الزام الحكومة بالصرف عليها ^(٤)

سادساً : — « المين ^(٥) والمرافى ^(٦) والارصفة ^(٧) والاراضى والمبساتى اللازمة للانتفاع بالانهار والنهيرات والترع المذكورة لمرورها »
« سابعاً : — الجوامع ^(٨) وكافة محلات الاوقاف الخيرية ^(٩) المخصصة للتعليم العام ^(١٠) أو للبر والاحسان ^(١١) سواء كانت الحكومة قائمة بإدارتها ^(١٢) أو بصرف ما يلزم لحفظها وبقائها ^(١٣) . وشرط الملكية العامة أن يكون للحكومة دخل فى ادارة أو رعاية هذه المحلات والجوامع . فاذا كانت ادارتها ورعايتها من جانب الافراد اعتبرت ملكاً خاصاً بهم ووفقاً بطبيعتها يجوز تملكه بالطرق القانونية المعروفة ويجوز للأفراد حق تملك حقوق الارتفاق وحقوق المثل عليها بالمدد القانونية للتقادم ^(١٤)

(١) ج ع ٢ من ٥٠ ن ٦٣٢

(٢) ج ع ٢ من ٥١ ن ٦٣٨

(٣) ج ع ٣ من ٧٦ ن ٨٠٦

(٤) Ports (٥) Abordages (٦) Quais (٧)

(٨) Mosquées هذا ومن المقرر أن المساجد والاضرحة ومايتبعها من الارض ائمة هى وقف بطبيعتها وليس لاحد أن يملكها مهما طال وضع يده عليها فن باب أولى يكون من وضع يده عليها بصفة خادماً لصاحبها أبداً أهل اليد عن الوصول الى التملك بمضى المدة : مصر كلى ١٩ يناير سنة ٩٠٤ ح ١٩ من ٦٨ ، مرجع من ٢٩٠ ن ١٤٢٠

(٩) Établissements pieux (١٠) Instruction publique

(١١) charité (١٢) Administration (١٣) Entretien

(١٤) استئناف ٧ مايو سنة ١٩١٢ م ر ١٣ ، ١٤١ عدد ١١٥ . مرجع ٨٥٠

(اموال ذهني — ا)

على أن القضاء يرى بأنه إذا كان الجامع موقوفاً فإنه يصبح من الاملاك العامة^(١)
 ثامناً — « العقارات الميرية مثل السرايات والمنازل وملحقاتها المخصصة
 لاقامة ولى الامر أو للنظارات (الوزارات الآن) أو المحافظات أو المديريات
 وعلى وجه العموم كافة العقارات المعدة لمصلحة عمومية » وجاءت العبارة الاخيرة
 وأطلقت التعميم على كل عقار مرصود للخدمة العامة وتأييدت هذه العبارة
 بالعبارة الاخيرة من الفقرة ١١ للدادة ٩

تاسماً — « الترسانات^(٢) والقشلاقات^(٣) والاساحة^(٤) والمهمات الحربية^(٥)
 والمراكب الحربية^(٦) ومراكب النقل أو البوستة » . وتشمل هذه المادة ما كان
 عقاراً أو منقولاً

خامساً — « الدفترخانات العمومية^(٧) والانتيكبخانات^(٨) والكتبخانات
 الميرية^(٩) والآثار العمومية^(١٠) وكافة ما يكون مملوكاً للحكومة من مصنوعات
 الفنون أو الاشياء التاريخية » فالآثار من الاملاك العامة . ولما كان للآثار بمصر
 مركز عالمي خاص عنى الشارع المصرى بأمرها فسن لها قانوناً خاصاً (قانون ١٢
 يونيو سنة ١٩١٢ رقم ١٤) وقرر بأن الآثار تعتبر من الاملاك العامة سواء كانت
 بسطح الارض أو بباطنها (المادة الاولى) وسواء كانت الآثار محفوظة بالمتاحف

استئناف ٨ ا ب و سنة ٩١٢ وأشير الى هذا الحكم دون نشره بخاص الحكم السابق بالمجموعة الرسمية
 (١) استئناف ٦ نوفمبر سنة ٩١٢ م د ١٤٠١ ص ٢٤٤ . مرجع القضاء ج ٢
 ن ٨٥١ — ومن المقرر شرعاً أن المسجد يزول ملكه عن الواقف بمجرد وقفه والصلالة فيه
 (كتاب الهداية الكتاب الخامس عشر في الوقف) — مرجع القضاء ن ٨٥٢ — والذي يبين
 لنا من استقرار أسباب الاحكام أن القضاء يرغب في اعتبار الجوامع بوجه عام من الاملاك العامة
 مع أن ذلك معقود بالشرط الوارد بالفقرة ٧ من المادة ٩ المذكورة — وهذا لم يقل الشارع شيئاً
 عن الكنائس ولم نر لها حالة خاصة في القضاء

Armes (٤)	Casernes (٣)	Arsenaux (٢)
Bâtiments de guerre (٦)		Malériel de guerre (٥)
Bibliothèque (٩)	Musées (٨)	Archives nationales (٧)
		Monuments (١٠)

العمومية أو ستحفظ فيما بعد وعلى ذلك فالآثار التى وجدت بمقبرة توت عنخ آمون تعتبر من الاموال العامة ولو أنه لم يحصل نقل بعضها الى متحف القاهرة (المادة ٧) ^(١) أما الاراضى التى يجرى فيها الحفر للتنقيب عن الآثار فهى أيضاً من الاملاك العامة اذا قررت ذلك السلطة المختصة بذلك (المادة ٦) وأما قبل صدور القرار فلا تعتبر من الاملاك الحكومية العامة بل من الاملاك الحكومية الخاصة أى يجوز تملكها بالتقادم ^(٢)

« حادى عشر — نقود الميرى ^(٣) وعلى العموم كافة الاموال الميرية المنقولة أو الثابتة المخصصة لمنفعة صمومية بالفعل ^(٤) أو بمقتضى قانون ^(٥) أو أمر ^(٦) » والاموال الاميرية كما رأينا غير قابلة للحجز وطرق التنفيذ سواء كانت بخزائن الحكومة أو أمانة لدى الغير مهما كانت مصادر النقود الاميرية سواء كانت عوائد ورسومًا وضرائب أو قيمة الايجارات المتحصلة من تأجير أملاك الحكومة العامة أو أملاكها الخاصة . لانه بامتزاج هذه الأموال جميعها تصبح الجلة وفقاً على المصلحة العامة للبلاد لا يمكن معه التفريق بين مال ومال ما دام أن السكل مرصود للمنفعة العامة . وقد جاءت هذه الفقرة وأطلقت التعميم فى آخرها بحيث أن كل عقار أو منقول للحكومة اختص بالمنفعة العامة أصبح فى عداد الاملاك العامة التى لا تقبل التملك والتصرف ^(٧) . وهذا الاطلاق يوافق تماماً المذهب الوسط الذى قال به كولين وكابتان كما رأينا وهو مذهب يؤيده المنطق والبداهة ويدخل فى العبارة الأخيرة من حيث الاطلاق والتعميم فى تقرير الملكية

(١) وكتان القضاء المصرى يقضى قبل صدور قانون رقم ١٤ سنة ١٩١٢ بان الاحجار الانرية لا تعتبر من المنافع العمومية الا بعد صيرورتها ملكاً للحكومة ووضعها فى المحلات المدة لحفظ الآثار . مرجع القضاء ن ٨٤٣ . لجأت المادة ٧ وأجهزت على هذا الرأى .

(٢) استئناف ١٤ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ر ١٨ ، ١ ص ٥٩ — مرجع ن ٨٤١ ، ٨٤٢

(٣) Deniers publics (٤) En fait (٥) Loi (٦) Décret

(٨) أى أن المادتين ٩ و ١٠ جاءتا على سبيل التثليل لا على سبيل المحصر : تنفيذ الدكتور

عبد الفتاح بك السيد ص ١١٠ و ١٦٦

العامة لكل عقار اختص بالمنفعة العامة الجبانات^(١) . فهي من الاملاك العامة لان الدفن بها مرخص لكل فرد مهما اختص بعض الافراد بمدفن خاصة بهم . ويفترض في الجبانة انها عامة لان ذلك يرجع لطبيعتها ويؤيد هذه القرينة كشف مساحة فك الزمام^(٢) وتظل من الاملاك العامة حتى ولو امتنع الناس عن الدفن بها أو منعت الحكومة الناس الدفن بها^(٣) الا اذا استحال بعدئذ الى ملك خاص بالحكومة فتحضج حينئذ للقواعد القانونية المقررة للملكية الفردية العادية^(٤) فاذا زالت معاملها وأصبحت أرضاً مواتاً جاز تملكها بالتقادم^(٥)

وما القول بشأن تقود وزارة الاوقاف فهل تعتبر من الاملاك العامة أو من الاملاك الخاصة ؟ وكيف كان رأى عند ما كانت ديواناً قبل أن تصبح وزارة بمقتضى قانون ٢٠ نوفمبر سنة ١٩١٣ . وما مركزها الآن بعد صدور الدستور المصرى فى ١٩ ابريل سنة ١٩٢٣ ؟

ان تقود ديوان الاوقاف قبل أن يصبح وزارة ما كان يصح اعتبارها من الاملاك العامة ولذلك كان يجوز الحجز على تقودها وأموالها ، لأنها كانت مجرد هيئة تابعة فى ادارتها الى الحاكم الشرعى للبلاد وبعد صدور قانون سنة ١٩١٣ أصبحت فى عداد الوزارات من حيث أن

(١) Cimetières (٢) ج ع ٣ ص ٧٦ ن ٨٠٠

(٣) مرجع ٨٠٨ و ٨٠٩ — عياشى ص ١٨٧ ن ٤٦

(٤) ج ع ٣ ص ٧٦ ن ٨٠٢ مرجع القضاء ن ٨٦٠

(٥) استئناف ٢٧ يناير سنة ١٩١٤ ش ١ ، ص ١٨٥ عدد ٣٣١ . وإذا كانت الجبانات من الاملاك العامة فلا يجوز بطائفة التربية الادطاء بكسب ملكية أى جزء منها . مرجع القضاء ن ٨٥٧ . وليس لطائفة العاديين (الحائوتية) أن يطلوا الدفن فيها لحصول نزاع بينهم فى تخصيص حصص كل منهم فى الانتفاع : مرجع القضاء ن ٨٥٤ — ولا حق لهذه الطائفة فى احتكار هذا الصناعة ولا فى جعل معين على الدفن . أما تقريرهم من القضاء الشرعى فى حرقتهم فهو اجازة بسيطة بها يصير صاحبها محلاً للصلاحيات والامانة فى دفن الموتى ولا يترتب بموجبها لادقر حق على الغير : مرجع القضاء ن ٨٥٥ . ولا حق للحكومة فى طلب هدم المباني التى تشاد على أرض جبانة لاقامة زائرى المقابر بشرط أن لا يحول تلك المساكن الى مساكن قديمة . مرجع القضاء ن ٨٦٤ و ٥٦٥

وزيرها يصبح مسؤولاً مع بقية الوزراء فيبقى مع بقائهم ويعتزل العمل مع اعتراضهم ولكن مالية الاوقاف منفصلة عن أموال الحكومة لها ميزانية خاصة ويصادق عليها الحاكم الشرعى . ولذلك يمكن القول بجواز الحجز على أموال وزارة الاوقاف ولأن القضاء تردد في اعتبار وزارة الاوقاف وزارة حكومية تستفيد من ذكريتو ١٨ مايو سنة ١٨٩٢ الخاص باختصاص بعض المحاكم بنظر قضايا الافراد المرفوعة على الحكومة ^(١) . ثم استقر رأيه أخيراً على سريان الذكريتو المذكور عليها ^(٢) ولما صدر الدستور المصرى فى ١٩ ابريل سنة ١٩٢٣ ورد بالمادة ١٤٥ منه ما يأتى « ميزانية ايرادات وزارة الاوقاف ومصروفاتها وكذلك حسابها الختامى السنوى تجرى عليهما الاحكام المتقدمة الخاصة بميزانية الحكومة وحسابها الختامى » . بمعنى أن ميزانية الاوقاف تعرض على البرلمان كميزانية الحكومة فى جميع وزاراتها . الا أنها وزارة مستقلة من حيث الايراد والصرف فقط . وأما ما عدا ذلك فهى وزارة حكومية لها ما للوزارات الاخرى وعليها ما عليها . وهل يمكن أن يقال مع هذا النص أن أموال وزارة الاوقاف تعتبر أموالاً عامة لا يجوز الحجز عليها ؟ ان تحويل الاوقاف من ديوان الى وزارة لا يؤثر فى ذاته على أمواله لان العبرة فى معرفة المال هى جهة كنه مصدره وجهة صرفه ^(٣) . واذاً فالمال مال خاص ولا محل لجعله من الاموال العامة . ولكن أليس من شأن اعتبار الاوقاف وزارة وجعل أمر البت فى ميزانيتها راجعاً للبرلمان صاحب سلطة الاشراف على الحركة الادارية العامة للبلاد ، أليس فى ذلك ما يجعل هناك محلاً للظن فى القول بأن أموالاً أميرية لأنها أموال وزارة حكومية تخاصم كما

(١) اول مارس سنة ١٩١٤ م ١ ، ١٥ ص ١٤٩

(٢) المنصورة ٥ مارس سنة ١٩١٦ م ١ ، ١٨ ص ٦١

(٣) (النفذ المصرى فى ١٧ مارس سنة ١٩١٧ ج ، ٢٣ ص ٣٣ . مرجع القضاء ن ٨٤٩)

(٤) أما مصدره فهو ريع الاوقاف الاهلية والخيرية وأما جهة صرفه فهى المستحقون فى الوقفين

تخاصم الحكومة ؟ نقول بالسبب ^(١) وهذا لا يؤثر في شيء ما على ما رأينا من مصادر مالها ووجوه صرفه فيها

على أننا نلاحظ أن القول بالسبب الذي قلنا به في أن مال الوقف مال خاص لا عام لا ينصب على الاصح الا على مال الوقف الاهلي بمعنى أن مال الوقف الخيري يصح اعتباره من الاموال العامة . وربما تؤيدنا في هذا الرأي الاعتبارات الآتية : أولاً . نفس المقدمة التي تقدمت مرسوم ٢٠ نوفمبر سنة ١٩١٣ الذي جعل ديوان الاوقاف وزارة اذ اشير بها الى اتساع نطاق أعمالها بما يتمشى مع زيادة تحسين السير في جميع المصالح العمومية . وهذه اعتبارات لها اساس بالمنفعة العامة كما لا يخفى ^(٢) ثانياً : ان ريع الوقف الخيري يصرف على وجوه لها اساس بالنظام العام حتماً كالصرف على المعاهد المختلفة ومد الموسرين بما يسد رمقتهم . ثالثاً : ان ريع الوقف الاهلي لا يمكن اعتباره مالا عاماً لانه يصرف على أفراد معينين بالذات بناء على وقفية . ويد وزارة الاوقاف يد نائب

أموال مجالس المديرية : تعتبر أيضاً من الاموال العامة لان مجالس المديرية أنظمة تقوم بأعمال حكومية للمصلحة العامة . وبمقتضى المادة ١٣٢ من الدستور المصري الصادر في ١٩ ابريل سنة ١٩٢٣ تعتبر المديرية والمدن والقرى أشخاصاً معنوية تمثلها مجالس المديرية والمجالس البلدية . وعلى ذلك نرى أيضاً أن أموال المجالس البلدية أموال حكومية

٤٦ - حقوق الارتفاق العام : لم يقف الشارع في تقريره لقاعدة الملكية

(١) لان اعتبارها وزارة وخضوع ميزانيتها لبرلمان وانتفاعها بديكرتو ١٨ ابريل سنة ١٨٩٢ انما هي مسائل شكاية أريد بها ضمان ادارتها وتحسين نظامها

(٢) النقض المصري في ١٧ مارس سنة ١٩١٧ ح ، ٣٣ ص ٣٣ ، مرجع القضاء ن ٨٤٩ اذ اعتبر اختلاس أموال الارواق اختلاساً لاموال أميرية اى جنائية . — واما استئثار المحكمة بالفقرة ٧ من المادة ٩ فهو في نظرنا في غير محله لان النرض من عبارة « كافة المحلات الخيرية établissements pieux » لا ينصرف مطلقاً الى الاوقاف الاهلية

العامة عند ذكر الاشياء المادية بل رأى أيضاً ضرورة الاشارة الى الحقوق العينية التى يمكن أن تستفيد منها الاملاك العامة وألتي تعود على الافراد بمنافع ظاهرة . ذلك ان الشارع الاهلى دون المختلط قرر بالمادة ١٠ ما يأتى : « يعد أيضاً من الاملاك الميرية المخصصة للمنافع العمومية حقوق التطرق المتعلقة بالشوارع ^(١) ومجارى المياه العمومية والاعمال الخربية ^(٢) وعلى وجه العموم كافة ما تقتضيه حقوق الارتفاق التى تستلزمها ملكية الاملاك الميرية المذكورة ^(٣) أو توجيهها القوانين والوامر الصادرة لمنفعة عمومية » . ومع عدم ورود هذا النص بالقانون المختلط فان العمل يجرى على الاخذ به لان النص يقرر قاعدة عامة ^(٤) وكذلك حقوق الارتفاق الخربية وبوجه عام جميع حقوق الارتفاق الايجابية التى تستفيد منها المصلحة العامة ، سواء كانت هذه الحقوق متصلة بالاملاك العامة بالذات أو قررتها قوانين أو أوامر أو كانت موجودة فى الواقع والفعل

فى حقوق الحكومة على الاموال العامة

٤٧ - ان الحكومة لا تملك هذه الاموال ملكاً خاصاً بها بل الذى يملك هذه الاموال العامة انما هى الدولة نفسها لانها هى التى تستفيد منه مباشرة . ولكن لما كان للحكومة حق الاشراف العام على ادارة البلاد فقد ايجز لها ضرورة ادارة هذه الاملاك ورعايتها والصرف على صيانتها من أموال الدولة . وما دام أن الحكومة لا تملكها ملكاً خاصاً فى لا تستطيع بحال التصرف فيها بالبيع أو الزهن انما لها فقط حق استغلالها فيجوز لها تأجيرها وضم الايجار الى مال الحكومة ^(٥)

Les servitudes militaires (٢)

Servitudes de voirie (١)

Servitudes actives de droit commun (٣)

(٤) وعلى ذلك يدرج فى عداد الاملاك العامة كل ما يتلقى بحقوق الارتفاق الخاصة بالشوارع والطرق (٥) ويرى القضاء أنه لا يجوز للحكومة المطالبة فى دعوى تثبيت ملكية الدولة لمقار من الاموال العامة بتعميش فى مقابل حيازة المقار : ح ع ٢ ص ٥٨ ن ٦١٥ راجع عكس ذلك ج ع ٦٢١

ويجوز لها اقامة تمثيل بها وتأجيرها للاسواق والموالد والقهوى . ولها حتى تحويلها الى ملك خاص بها بقانون أو أمر . وأما حقوق الافراد عليها فهي حقوق انتفاع ولا يستطيع الفرد مهما طال أجل انتفاعه بالمال العام ان يدعى ملكيته له

في كيفية تقرير الملكية العامة

٤٨ - تقرير الملكية العامة اما لفعل الواقع أو بقانون أو بأمر (المادة ٩ فقرة ١١ مدنى أهلى) أما تقريرها بقانون أو أمراً فالامر ظاهر . وأما تقريرها بالامر الواقع ^(١) فهو محل نظر : كأن القانون يريد القول بأن الملكية العامة تمتلكها هى الاخرى بمعنى المدة . بمعنى أنه اذا اعتاد الافراد على الانتفاع بمال من الاموال انتفاعاً عاماً فانهم يكتسبون بذلك حق الاستفادة وتكتسب الامة معهم هذا الحق لأن الانتفاع العام مدة ١٥ سنة هو زوال للانتفاع الخاص الذى كان مقرراً للشخص المالك . وعلى ذلك تمتلك الملكية العامة بالمدة الطويلة ^(٢) ويعمل القضاء المصرى الى اعتبار أن الملكية العامة لم تكن معروفة قبل صدور القانون الحاضر سنة ١٨٧٥ وسنة ١٨٨٣ وأنها لم تقرر الا من هذين التاريخين . وعلى ذلك لا يجوز للحكومة الادعاء بالملكية العامة قبل وضع القوانين الحاضرة ^(٣) وأصر القضاء المصرى على هذا

(١) Affecté en fait

(٢) وتصبح من الاموال العامة قطعة الارض التى شقتها مصلحة السكة الحديدية وأعتبرها لعمالها مدة ١٥ سنة . ج ع ٢ ص ٥٨ ن ٦١٩ ويمكن اثبات الانتفاع العام بجميع الوسائل القانونية المقررة فى الاثبات أى بشهادة الشهود والقرائن وغير ذلك وبالدفاتر المسماة بدفاتر الحصر أى حصر أملاك الحكومة العامة . واذا أقام أحد الافراد بناء على الملك العام وجب رفعه ولا يملكه : م ث ق ، ٢٢ ، ٢١٢٠ — استئناف ٢٤ من مارس سنة ١٩١٤ م ١٠ ، ١٠ ص ٨٠ عدد ٩٣

(٣) استئناف أول ابريل سنة ١٩١٣ م ١٠ ، ٤ ص ١٤٦

الرأى فلم يبح سد النواخذ التي ظلت مفتوحة ١٥ سنة قبل صدور القانون الحاضر وكانت على بعد أقل من متر من مسجد منشأ للعبادة^(١)

في زوال الملكية العامة

وفي تحويلها

٤٩ — زوال الملكية العامة : رأينا أن الملكية العامة تكتسب بالتقادم . وإذا كان الأمر كذلك فالعكس صحيح إذ تزول هذه الملكية إذا زال الانتفاع العام وترتب للفرد حقوق خاصة على هذا المال . ولا يتعارض هذا القول مع المبدأ القائل بعدم تملك حقوق عينية على المال العام . لأن محل هذا المبدأ أن المال العام يظل على هذا الاعتبار عاماً . ولكن إذا زالت عنه هذه الصفة العامة انقلب من عام الى خاص^(٢) ولا يتم الانقلاب الا في نهاية مدة التقادم وزوال الملكية العامة ليس فقط بفعل الانسان كالانتفاع مع التقادم بل قد يجوز حصوله بفعل الطبيعة كاستحالة الملاحة في الأنهار^(٣)

زوال الملكية بالتحويل : وتزول الملكية العامة بالتحويل أى في جعل المال العام مالا خاصاً للحكومة^(٤) ويحصل ذلك بواحد من اثنين (١) اما بقانون أو أمر^(٥) . (٢) واما برغبة المصلحة الاميرية ذاتها كما يحصل بوزارة الحربية بشأن مدافعها وبنداقها وبوزارة المواصلات بقطاراتها القديمة^(٦) والرغبة هذه

(١) استئناف ٦ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ر م ، ١٤ ، ص ١٤٤ عدد ٢٤ — م ر م ، ١٧ ، ص ١٣ عدد ٩ (٢) مرجع القضاء ن ٨٦٢

(٣) م ت ق ، ٢٥ ، ٣٦٧ و ٤٣٠ — م ت ق ، ٢٤ ، ٢١٠

(٤) ولما كان الى مصر محمد علي باشا يجمع في يده جميع أنواع السلطات العامة فانه اذا أعطى للفرد أرضاً من الاموال العامة اعتبر عمله هذا أيضاً تحويلاً من المال العام للمال الخاص الحكومي Désaffection : ج ع ٢ ص ٨٠٨ ن ٦١٦ .

(٥) Décret (٦) م ت ق ، ٢ ، ٣٥٥ — م ت ق ، ٦ ، ٢٣٨ وكما اذا تركت الحكومة المال العام ولم تعد تستبره جزء من الاملاك الخاصة فانه يصبح ملكاً خاصاً لها : مرجع القضاء ن ٨٦١

في جمل العام خاصاً رغبة موقوفة على صاحبها فله المدول عنها . ولكن اذا ظهرت الرغبة وبانت آثارها في الخارج وخرجت من حيز الخواطر الى حيز الظهور والوضوح فلا يملك صاحبها حق المدول عنها اذا تقرر لاغير حق عليها^(١) ومما مر يقين بأن زوال الملكية يحصل لسببين . اما سبب مادي . والمادي يحصل اما بفعل الانسان كالتقادم واما بفعل الطبيعة كانهيار المياه عن التربة . واما بسبب قانوني وهو تحويل عام الى خاص بقانون أو أمر أو مجرد اظهار رغبة

النتائج القانونية للتفرقة

بين المال العام والمال الحكومي الخاص

٥٠ - تفترق هذه الاموال الحكومية العامة والخاصة في أن ريعها أو أثمانها بعد بيعها تعتبر من الاموال العامة لا فرق بينهما لانها تصرف في الشؤون العامة للبلاد . وتشارك أيضاً في أن القائم برعايتها والعرف عليها هي الحكومة وتختلف عن بعضها فيما يأتي :

(١) الاموال العامة لا تقبل تملك الافراد لها كما رأينا بخلاف الاموال الحكومية الخاصة فانها كاملاك الافراد تماماً بحيث يجوز لهؤلاء أن يكتسبوا عليها حقوقاً عينية مختلفة ويتملكوها بمضى المدة الطويلة والقصيرة

(٢) لا تعتبر الحكومة مالكة للاموال العمامة بل هي مالك الامة وعلى العكس من ذلك الاموال الحكومية الخاصة فانها ملك لها تتصرف فيها كما تشاء بالطرق الادارية المقررة لها . أما كون الحكومة لا تملك الاموال العامة فلا أنها

(١) انظر عكس ذلك استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٨٧٩ م ر م . ٥٠ ، ٦٨ اذ قرر هذا الحكم بأنه اذا استفتت الحكومة عن منقولات وأعدتها للبيع فلا يجوز الحجر عليها لان مجرد عرضها للبيع لا يرفع عنها الصفة العامة الاصلية التي اتممت بها من قبل . وهذا يخالف الاصول القانونية التي قررتها . وهو حكيم موضع للفرابة — للتنفيذ الدكتور عبد الفتاح السيد بك ص ١١١ هامش ٢

ممنوعة من الاستفادة من العناصر الثلاثة المكونة للملكية وهي: حق الانتفاع^(١) والاستثمار^(٢) والتصرف^(٣) وليس للحكومة عليها باعتبارها شخصاً معنوياً الا مجرد حق رماية وإدارة وإشراف^(٤) وليس لها عليها حق الملكية كما ذهب القضاء الفرنسي خطأ في بعض أحكامه^(٥)

٣ (ليست المحاكم مختصة بالنظر في ملكية الاملاك العامة) المادة ١٥ / ١١ من لأتمحي انشاء المحاكم والمادة ٧ مدني مختلط (وليس معنى ذلك أن المحاكم ممنوعة من الفصل فيما اذا كان الشيء المتنازع فيه هو من الاملاك العامة أم لا ، لأن ذلك لا يتفق مع روح التشريع وضرورة الفصل فيما يتنازع فيه الافراد مع السلطة المديرة^(٦)) انما اذا خالفت الحكومة في استغلالها للاملاك العامة لوائح الحكومة وأصاب الغير ضرر من جراء ذلك جاز لهذا الغير مطالبتها بتعويض أخذاً بنظرية الحقوق المكتسبة^(٧) (المادة ١١ / ١٥ المذكورة)^(٨)

٥٩ — هذا وما دام أن ليس للقضاء حق التدخل في ملكية الاموال العامة فانه يترتب على ذلك أنه لا يجوز له العمل على ما يعطل هذا الخطر التثريعي ، أى لا يجوز تعيين حارس قضائي على مال عام اختلفت الحكومة بشأنه مع أحد الافراد فيما يتعلق بتنفيذ عقد معقود بين الحكومة وهذا الفرد ، وذلك فيما اذا قامت الحكومة وأصدرت أمراً إدارياً^(٩) بخصوص هذا المال العام^(١٠)

Abusus (٣) Fructus (٢) Usus (١)

٢٥٧ ومقال Sarrut (٥) د ، ١٩٩٠ ، ٣ ، ٤١ — س ، ١٩٠١ ، ٣ ، ٨٢ — د ، ١٩٩٠ ، ٣ ، ٤١

١٩٩١ ، ٣ ، ٧٣ — س ١٩٠٩ ، ٩٧٣ — كولن وكابتن ج ١ ص ٧١١

(٦) ش ، ١ ص ١٤٧ عدد ٢٧٣ Droits acquis (٧)

(٨) دى هلس ج ١ ص ٣٥١ — ٣٥٤ ن ٤١ — ٤٦

Acte administratif (٩)

(١٠) استئناف م ٢ أبريل سنة ١٩٢٤ م ت ق ، ٢٩٣ ، ٣٦ ، جازيت المجلد ٢٤ ص ١٦٤ عدد ٢٦٥. قضية الحكومة المصرية ضد مستر كلوتر ومن معه بشأن قبر توت عنخ آمون وذلك أن الحكومة تعاقبت مع مستر كارنافون على البحث على آثار مصرية في الاقصر فأخذ يبحث حتى عثر على هذه الآثار ثم مات فتعاقبت الحكومة مع ورثته على استمرار البحث وأتاب الورثة

٥٢ - هذا ومع أنه ليس للحكومة حق تملك الاموال العامة فانه مع ذلك يجب أن يتقرر لها ما يأتي :

(١) أن الحكومة تتمتع بحق الملكية فيما يتعلق بما ينتج عن الاملاك

عندهم مستر كلتر واتفقت الحكومة مع على كيفية زيارة القبر . وقد اختلف معها على كيفية تنفيذ شروط الزيارة وأعان انقطاع العمل . فأصدرت الحكومة أمرها بفتح القبر واستمرار العمل فيه وأزاء ذلك رفع مستر كلتر ومن معه دعوى أمام قاضي الامور المستعجلة بالمحكمة المختلطة بمصر يطلب فيها تعيين حارس قضائي على القبر . فدعت الحكومة الدعوى بأن أمرها بفتح القبر واستمرار العمل فيه بمصرها أمر اداري Acte administratif يحظر القانون على القضاء ايقانه أو تعطيله (المادة ١١ من لائحة انشاء المحاكم المختلطة والمادة ٧ مدني مختلط) وإن الاتهامي من الاموال العامة والقضاء ممنوع من التدخل بشأن ملكيتها . وأصدر قاضي الامور المستعجلة حكمه في ١١ مارس باختصاصه بنظر الدعوى فرفضت الحكومة استئنافاً وقررت محكمة الاستئناف إلغاء الحكم وعدم اختصاصها أخذاً بدفع الحكومة فيما يتعلق بالعمل الاداري والاموال العامة (وموافقة النائب العمومي تؤيد الحكومة ومشفورة بجورنال المحاكم المختلطة بالعدد ١٦٠ - وفيما يتعلق بأدوار هذه الدعوى بالدرجتين أنظر الاعداد ١٤٥ و ١٤٨ و ١٥٠ و ١٥١ و ١٥٢ و ١٥٤ و ١٥٥ و ١٥٦) وعرف الحكم الاستئنافي العمل الاداري تعريفاً دقيقاً وهو : « العمل الاداري المنصوص عنه بالمادة ١١ من لائحة انشاء المحاكم المختلطة وبالمادة ٧ من القانون المدني المختلط هو العمل الذي يصدر من مصلحة أميرية باعتبار أنها تقوم بأعمال تتفق بالمصلحة العامة وفي حدود وظيفتها المحددة لها بمقتضى القانون بأن تصدر أمرها طبقاً لقيود القانونية المقررة بقصد المصلحة العامة . وهذا العمل الاداري هو خلاف العمل الخاص بإدارة الاموال والذي يقتضاه لا تعمل المصلحة بصفتها ممثلة للسلطة العامة بل باعتبارها ملزماً في المقدم » راجع كتاب ميسينا في القضاء الاداري للمحاكم المختلطة بمصر ن ٢٣ و ٥٥ قانون أيضاً فيها يتعلق بالعمل الاداري الحكم الصادر من محكمة الموسكى الجزئية في ٧ يوليو سنة ١٩٢٥ في قضية للننادى السعدي ضد الحكومة المصرية (والحكم لم ينشر بعد حتى طبع كتابنا هذا) إذ يعتبر أمراً ادارياً خارجاً عن سلطة القضاء فيما يتعلق بالايقاف والتأويل ودخلاً في اختصاصها فيما يتعلق بالتبويض فقط طبقاً للمادة ١٥ من لائحة انشاء المحاكم الاهلية الامر الصادر من الحكومة بإخلاء السكان المؤجر للننادى السعدي بناء على عقد إيجار صادر من الحكومة من باطنها وبعد موافقة المؤجر لها وبعد أن أخلت السكان الذي كان مشغولاً بمصلحة الاحصاء ، ثم قرر هذا الامر الاداري إعادة السكان الى ما كان عليه . وقال الحكم « ان الباعث لصدور هذا القرار هو المصلحة العامة وأن أعمال الحكومة واجراءاتها اذا كان الغرض منها إدارة أموالها الخاصة حصتها مدنية وتعامل كافراد الناس وفي مبادئ هذه خاضعة للقانون العام ومن اختصاص السلطة القضائية الفصل فيها . أما اذا كان الغرض منها مصلحة عامة نصبتها ادارية ومبادئها واجراءاتها الخاصة بذلك خروجة من اختصاص السلطة المقارية »

العامة^(١) لان ثمرة هذه الاملاك تخرج من يد الافراد وتدخل ضمن حقوق الحكومة . وحق الحكومة في هذه الثمرة كحقها في ثمرة أملاكها الخاصة فلها حينئذ قطع أشجار الطرق والمنزهات وبيع احطائها . ولها تأجير البحيرات والانهار للصيد والقنص . وتضاف هذه الثمرات على اختلاف أنواعها الى النقود العامة للحكومة لتصرف في شؤونها المختلفة

(٢) يجوز للحكومة باعتبارها شخصاً معنوياً حق التمتع بأوجه الدافع المقررة لذلك فيما يتعلق بهذه الاموال العامة وعلى الاخص دواوى وضع اليد^(٢)

(٣) للحكومة حق التنازل عن الانتفاع ببعض الاملاك العامة للافراد^(٣) ويجوز للمتنازل اليه^(٤) حق الانتفاع بهذا المال دون غيره مقابل جعل^(٥) يدفعه للحكومة كإيجار في مقابل المنفعة ولذا يجوز له الاستعانة بجميع الوسائل المقررة للمالك الحقيقي في سبيل الدافع عن حقه هذا . فيجوز له مثلاً الاستعانة بدواوى وضع اليد^(٦) ومن أهم أنواع الحقوق التي تتنازل عنها الحكومة للغير التنازل عن المواصلات العامة^(٧) للشركات ذات الامتياز والاحتكار^(٨) مثل شركات السكة الحديدية الضيقة بالارياض^(٩)

Accessoire du domaine public (١)

(٢) ٤١٠١.٧٢، د — ٢٢٥، ١، ٧٢، س — ٩٠٠، د، ١، ٥٥٣، ومقال

De Lyone — ١٠٥، ٢، ٩٠٠، س، ومقال Wahl — ج ع ١ من ٥٠ د ٦٣٤ —

مرجع ن ٨٥٦ Concessions (٣) Concessionnaire (٤)

(٥) Redevance (٦) ١٥١، ١، ٩٠، د — كولن وكابنان ٧١٢

(٧) Concessions de la voirie nationale (٨) Monopole

(٩) ويقول بعض الشارحين ويؤيدهم بعض أحكام القضاء الفرنسي أنه اذا تحولت منفعة جزء من مال عام الى خدمة ومنفعة ملك عام آخر تحت هيئة نظامية أخرى أو تحت يد شخص أو شركة ذات امتياز Concessionnaire (مثل شركة السكة الحديدية الضيقة مثلاً) اعتبر حرمان الشخص المعنوي الاول بمثابة نزع ملكية Expropriation لابد فيه من دفع تعويض من المصاحبة أو الشخص أو الشركة التي انتفعت الى من تزعت منه المنفعة . على أن هذا الرأي يختلف فيه اختلافاً عظيماً وكثير من الشارحين لا يرى الاخذ هنا في مثل هذه الاحوال الخاصة بالقواعد المادية المقررة في القانون من حيث هو Droit commun وذلك لانه لا يوجد في الحقيقة في حالتنا هذه نزع ملكية لان نزع الملكية يفيد انتقال الملكية من يد الى يد . وكل ما وقع في هذه الحالة انما هو تمثيل في المنفعة Changement d'affectation ٢٥٧، ١، ٩٩، د

في الاموال الحكومية الخاصة

٥٣ — هي الاموال المملوكة للحكومة بصفتها شخصاً معنوياً له ما للافراد من حيث عقد العقود والتعامل بالبيع والبدل والرهن والايجار وهكذا . وتعتبر أعمال الحكومة هذه اعمالاً خاصة بإدارة الاموال^(١) وتسرى عليها احكام القانون المدني . وأما أعمالها التي تجربها باعتبارها صاحبة الولاية العامة^(٢) فهي أعمال خاصة بالسيادة العامة أو السلطة العامة^(٣) وهي خارجة عن سلعة القضاء الاهلي والمختلط فيما يتعلق بتنفيذ أو تأويل هذه الاعمال . انما يجوز للقضاء الحكم بتعويض اذا مست هذه الاعمال الحقوق المكتسبة للافراد وصدرت بطريقة تخالف القيود القانونية المقررة بالقوانين والمراسيم (المادة ١٥/١١ من لائحة انشاء المحاكم الاهلية والمختلطة والمادة ٧ من القانون المدني المختلط)

أما الاموال الحكومية الخاصة فهي :

- (١) الاراضي الزراعية المملوكة للحكومة
- (٢) الاراضي غير المزروعة وغير المملوكة لأحد ويجوز تملكها بالاستيلاء^(٤) بالطرق المقررة بالمادة ٥٧/٨٠ مدني وسنشرح ذلك في مكانه
- (٣) الاموال التي كانت ضمن الأملاك العامة ثم تحولت الى الأملاك الحكومية الخاصة بطريق التحويل^(٥) كما بينا ذلك
- (٤) الاموال العامة التي تركتها الحكومة وعولت على عدم اعتبارها عامة فزال عنها الصفة العامة ولزمتها الصفة الخاصة
- ويوجه الاجمال يعتبر مالا حكومياً خاصاً كل مال غير مملوك للافراد ومملوك للحكومة ولم يكن مندرجاً ضمن طائفة الاموال العامة^(٦)

ومقال Sarrut د، ٩١١، ٣، ٧٣٠ وتقرير مندوب الحكومة بمجلس الحكومة Teissier — كولين وكابن ج ١ ص ٧١٢

- (١) Actes de gestion (٢) Sonveraineté (٣) Actes d'autorité
(٤) Appropriation (٥) Désaffectation
(٦) دي هلس ج ١ ص ٢١١ و ٣٢

في الحقوق العينية

٥٤ — ان الاموال تتحمل بطائفة من الحقوق العينية المختلفة . وفي ذلك تقول المادة ١٩/٥ مدنى و ٥٤٣ فرنسى ما يأتى : « تقبل الاموال أن يترتب عليها حقوق متنوعة بالنسبة للمستفيدين وهذه الحقوق هي : أولاً — حق الملكية ثانياً — حق الانتفاع . ثالثاً — حق الارتفاق بعقار لامين . رابعاً — حق الامتياز وحق رهن العقار وحق اختصاص الدائن بعقار مدينه كله أو بعضه لحصوله على دينه وحق الحبس » وهذه الحقوق العينية الواردة بتلك المادة تنقسم الى قسمين : حقوق عينية أصلية^(١) وحقوق عينية تبعية^(٢) فالاولى هي الملكية وحق الانتفاع وحقوق الارتفاق : وهي التي عدتها المادة ١٩/٥ مدنى أولاً . والثانية هي حقوق الامتياز^(٣) وحقوق الرهن التأمينى^(٤) وحقوق الرهن العادى^(٥) وهي الرهن الحيازى عن منقول أو عقار^(٦) والغاروقه^(٧) وسميت هذه الحقوق بالتبعية لانها ترمى في الحقيقة الى أن تضمن دين الدائن الذى يلجأ اليها طلباً في حابة دينه . وقد اعتاد بعض الشارحين أن يفصلها ضمن دائرة نظرية الالتزامات باعتبارها تابعة لحق الدائنية . والبعض الآخر يشرحها ضمن الحقوق العينية بوجه عام

الحقوق العينية الاصلية

حق الملكية

(١) تعريف حق الملكية

٥٥ — الملكية هي حق استعمال الشيء والانتفاع منه واستثماره بقدر استعداد الشيء لاشعرة ، استثماراً به وحده خاصة بطريقة دائمة . ونتم عن الانتفاع

(١) Dr. réels principaux (٢) Dr. r. accessoires

(٣) Privilèges (٤) Hypothèques (٥) Nantissement

(٦) Gage (٧) Garouka (Antichrèse)

مظاهر الاعمال المادية ^(١) التي يجريها المنتفع . فالمالك يستفيد من ملكه بأن يركب سيارته ويسكن منزله ويزرع حقله أو أنه اذا رأى غير ذلك فله ترك ماله دون أن ينتفع به وله أن يتلفه بل ويمدحه اعداما . وله في سبيل الانتفاع بملكه أن يجري هذه المرة أعمالا قانونية ^(٢) بدلا من الأعمال المادية السابقة . بأن يؤجر غيطه ومنزله وسيارته وله التصرف في ملكه كالأشياء أو بعضا . وله رهنه رهنا رسميا وللمالك وحده دون غيره حق الاستفادة من هذه الأعمال جميعها . ويجب على الآخرين أن يحترموا ما يجريه المالك في ملكه من الاعمال المادية والاعمال القانونية قلنا ان المالك ينتفع بملكه بطريقة دائمة أي أن حق الملك حق دائم ^(٣) وليس الغرض من الدوام استقرار الحق دائما بيد صاحبه لان المالك يموت حيا وتنتقل الملكية لورثته أو أنه ربما يتصرف في ملكه مدة حياته ولكن الغرض من الدوام أن حق الملكية لا يموت أبدا ولا يزول مطلقا فهو خالد . وخلوده في انتقاله من يد الى يد في الحياة وبعد الموت كما رأينا ^(٤) ولعل المادة ١١/٢٧ مدني و ٥٤٤ فرنسي تشير الى ما نقول اذ قررت ما يأتي : « الملكية ^(٥) هي الحق للمالك في الانتفاع ^(٦) بما يملكه والتصرف فيه ^(٧) بطريقة مطلقة ^(٨) ويكون بها للمالك الحق في جميع ثمرات ما يملكه سواء كانت طبيعية ^(٩) أو مراضية ^(١٠) وفي كافة ما هو تابع له ^(١١) » وهذه المادة مأخوذة في شرطها الاول عن المادة ٥٤٤ الفرنسية بعد أن حذفت منها عجزها (وهذا المعجز هو : على شرط أن لا يكون ذلك بطريقة مخالفة لما حظرته القوانين والوائح) ومأخوذة في شرطها الثاني الأخير عن المادة ٥٤٦ فرنسي أيضا

٥٦ — أما صدر المادة المصرية ، وهو يطابق تماما صدر المادة الفرنسية فيما

(١) Actes matériels (٢) Actes juridiques (٣) Perpétuel
(٤) ولعل خلود الملكية ينصرف الى أنها لا تزول عن المالك بتركها ، مما طال أجله ، مادام أنه لم يتقرر للغير حق ما على الشيء . (دى هلس ج ٣ ص ٦٥٥ ن ٨)
(٥) Propriété (٦) Jouir (٧) Disposer des choses
(٨) De la manière la plus absolue (٩) Produits naturels
(١٠) Prod. accidentels (١١) Les accessoirs

ت بالانتفاع بطريقة مطلقة فهو محل نقد لدى الناقد من الوجهة العلمية
ة (١) ومن الوجهة الاجتماعية (٢)

(١) يأخذون على المادة ١١ المذكورة أنها لم تأت بتعريف للملكية (٣) انما
بوصف لها (٤) وفي الواقع فان هذه المادة لم تبين لنا حقيقة الملكية وكيانها
كتفت بأن يبينت بعض خصائصها الهامة (٥) ولم تبينها كاملة . ولقد سبق
مان أن فرقوا بين ثلاثة عناصر للملكية وهي حق الاستعمال (٦) وحق
ثمار (٧) وحق التصرف (٨) أما حق الاستعمال (٩) فهو استخدام الشيء في جميع
وه الممد لها هذا الشيء والتي لم تكن محظورة بالقانون . وحق الاستثمار (١٠)
لا انتفاع بالشيء وجنى ثمرته الناتجة منه اما بأن يزرع المالك أرضه بنفسه أو
لمريق تأجيريه للغير في مقابل أجر متفق عليه (١١) . وحق التصرف (١٢) هو
المالك في أن يتصرف في ملكه اما باستهلاكه أو اتلافه أو نقل الملكية الى
بر أو بتحميله حقوقا عينية تعتبر في ذاتها تجزئة للملكية . أما المادة ١١
كورة فانها لم تشر الا الى حق الاستثمار والتصرف ولم تشر الى حق الاستعمال
كن يرد فريق من الشارحين على هذا الرأي قائلين بأن النقد نظري أكثر
معملي لأن الاستثمار يستدعي حتما الاستعمال فمن استثمار غيطه فقد استعمله .
فخرج أعمال الاستثمار عن أعمال الاستعمال بالذات (١٣) هذا هو النقد الاول
لوجهة العلمية

D'ordre social (٢)	D'ordre technique (١)
Attributs (٥)	Description (٤)
Abusus (٨)	Eructus (٧)
Jus fruendi أو Fructus (١٠)	Jus utendi أو Usus (٦)
jus abutendi أو Abusus (١٢)	Redevance (١١)
(١١) كولين وكابتان ص ٧١٦ وان كانت المادة ١١ قد أوردت بسلواتها الاخيرة ما يشير الى حق (بأن نقلت المادة ٥٤٦ فرنسي بدان نقلت في صدرها الفقرة الاولى من المادة ٥٤٤ فرنسي) لكم يخرج عن كونه تكراراً لما ورد بصدرها من الاشارة الى حق الاستثمار المنصوص عنه بالمادة فرنسي	

(٢) ويأخذون على المادة ١١ المذكورة من الوجهة القانونية والاجتماعية ما هو جدير بالعناية والنظر . ذلك أن الناقدين يلاحظون على الشارع فى وضعه للمادة ١١ (وهى المادة ٥٤٤ فرنسى كما رأينا) أنه بدلا من أن يعنى كل العناية بالعنصر الهام جداً فى الملكية وهو العنصر المميز لها خاصة باعتبار أن الملكية حق دائم خالد ، كما أوردنا ذلك بالتعريف الذى قررناه للملكية فى هذا البحث ، فانه ادعى أن للملكية خاصية أخرى هى خاصية الاطلاق ^(١) وهى خاصية اذ فسرت كما هى بالرجوع الى ألفاظها لكانت مخالفة للنظام الاجتماعى ^(٢) وللبادى القانونية العامة ^(٣)

١ - كونها مخالفة للنظام الاجتماعى : نعلم ما وجهه أصحاب المذاهب الاشتراكية من النقد القارس على الملكية الفردية . وهم فى ذلك يحتجون بشدة على هذا المنظر الخارجى للحياة فى أن الفرد يملك وحده دون غيره أشياء محصورة المقدار بطبيعتها مثل الارض . ويصبح المالك ، بما يستعين به من القوة الاكراهية المنظمة والقائمة على خدمته ، وكأنه قد احتكر هذا النوع المحدود وأصبح له عليه من السلطان الواسع ما شاء على أبناء جنسه الآخرين الذين لم يكونوا معه فى مستوى واحد من الثراء وبذا يستطيع استخدامهم فى تنمية ثروته الخاصة به وحده تنمية لاحد لها ^(٤) هذا مايقوله الغلاة من الاشتراكيين . أما رجال القانون فليس من شأنهم العمل على تبرير الملكية العقارية ^(٥) ، وهى الملكية التى احترقت

(١) Anti-social (٢) Caractère absolu

(٣) Anti-juridique أنظر مقالاً هاماً للاستاذ والتون Walton الناظر السابق لمدرسة الحقوق الملكية بمجلة مصر الحديثة سنة ٩١٦ المجلد ٧ ص ١٧٩ — ٢٠١ جالغيه النقض التشريعى للملكية بفرنسا ومصر على ضوء التشريع الالماني والسويسرى ، واقتراح ، واد صاغها هو رغبة منه فى الالتفات اليها عند وضع القوانين المصرية وضماً جديداً — ومقالاً له أيضاً بالمجلة نفس سنة ٩٢٣ المجلد ١٤ ص ١ — ٩

(١) أنظر ماكتبه روسو وسبنسر وتيير وسيمون . وهى نظريات لا تستطيع أن تقوم لها قائمة لما يترتب عليها من قلب الكيان الاجتماعى — كولوين وكابتان ج ١ ص ٧١٦ هامش ١

(٥) Propriété foncière

لها أقلام الكتاتين . لأن الملكية العقارية انما هى تبرر نفسها بنفسها . ذلك لأن الملكية ان هى الا خلاصة تاريخية لأزمان طويلة مضت . وقد تقرر هذه الملكية وتحتم على الافراد الخضوع لها بحكم قوانين الطبيعة وقوتها . على أنه مع ذلك يجب أن يلاحظ بأنه من شأن القول بالاطلاق فى حق الملكية أن تزداد عيوبها تنافا الا اذا حدثت حدود وقيدتها قيود

٢ - كونها مخالفة للمبادئ القانونية : والقول بالاطلاق فى حق الملكية قول غير صحيح . والاخذ به يجعل المادة ١١ مخالفة للمبادئ القانونية العامة . ذلك لأن حق الملكية وعلى الاخص الملكية العقارية حق مقيد بقيود مختلفة تزداد كل يوم بازدياد العمران . ولذا احتاط الشارع الفرنسى بالمادة ٥٤٤ اذ قرر بأن الاطلاق محدود بالقوانين والاوراق ، الامر الذى لم تقررره المادة المصرية ١١/٢٧ مدنى . ومع عدم وجود هذا القيد بالمادة المصرية فان الاصول العامة للقانون تقضى به لأن قيود الملكية بوجه عام عقارية كانت أو منقولة قيود مؤيدة بنصوص قانونية ورد بعضها بالقانون ذاته ^(١) والبعض الآخر بقوانين متأخرة ومتفرقة . وعلى ذلك يعتبر نظام الملكية ، مع كونه نظاماً لوحظت فيه المصلحة الفردية ^(٢) ، فانه نظام ذو صبغة اجتماعية لما حفه من القيود والاحكام المختلفة اذا علم ذلك فانه هو حينئذ المعنى المقصود من عبارة الاطلاق الواردة بالمادة ١١/٢٧ مدنى و ٥٤٤ فرنسى ؟ من المحتمل أن يكون لها معنيان :

اما أن المادة ١١ فى قولها بطريقة مطلقة ^(٣) ربما قد أرادت أن تشير الى أن الملكية هى أوسع الحقوق لدى الانسان وأتمها على ملكه وفى الواقع فان بقية الحقوق العينية الأخرى لم تخرج عن كونها أجزاء للملكية باعتبار أن الملكية مركز الحقوق المختلفة التى يمكن أن يتحمل بها شئ من الاشياء . أى أن الملكية

(١) فلا يجوز ملازعة الحشيش بمصر ولا الدخان ولا إيجار مخازن البارود وهكذا : دى ملس

ج ٣ ص ٥٦٤ ن ٤

(٢) Institution individualiste (٣) La plus absolue

جماع الحقوق العينية بأكملها وإن الملكية مركز اتصالها بعضها البعض . وكل حق عيني يعتبر فرعاً منها . حق الانتفاع مثلاً ^(١) وهو حق استعمال الشيء ^(٢) واستثماره ^(٣) حق متفرع عن الملكية . ولذا اعتبر بحق جزءاً من الملكية . وهكذا شأن الحقوق العينية الأخرى فهي أجزاء الملكية ^(٤) هذا أولاً

وأما ثانياً فإنه ربما أراد الشارع في وصفه للمادة ١١ بعبارة الاطلاق المذكورة أن يشير الى ما يحتمل أن يكون قد أراد الشارع الفرنسي سنة ١٨٠٤ من الإشارة اليه في أن يجعل للملكية عقب الثورة الفرنسية سنة ١٧٨٩ استقلالاً خاصاً حتى ينزع عنها ما شوها قبل الثورة من القيود الظالمة التي كانت معروفة من قبل ^(٥)

(٢) في تاريخ الملكية من الوجهة العامة

٥٧ - لا نذكر هنا شيئاً مما قام من الظنون والافتراضات الخيالية التي حامت حول أصل الملكية في الأزمان القديمة جداً والتي ظهرت فيها الزراعة والتي أفاض الكتّابون فيها القول من طريق الظن والتخمين من أن الجنس البشري لم يعرف من أنواع الملكية إلا ملكية المنقول كالأسلحة والادوات المختلفة والملابس والحيوانات والرق وكذلك الملكية العقارية في العصر التاريخي كما عرفت . فيه بأنها كانت ملكية محصورة في جماعات ^(٦) بل نحصر القول هنا في بيان الفروق بين الملكية في الوقت الحاضر وما كانت عليه قبل ذلك مع الرجوع الى ما قرره الرومان بشأن الملكية أيضاً

٥٨ - الملكية عند الرومان : كانت الملكية بروما على غاية البساطة لا يشوبها تعقيد ما وكانت معروفة بأنها مظهر اجتماعي تتفق مع الضرورات الاجتماعية في ذلك الوقت ، وهي الملكية المعروفة بالملكية الرومانية البحتة ^(٧)

(١) Usufruit (٢) Usus (٣) Fructus (٤) Démembrements

(٥) كولين وكاتبان ج ١ ص ١٧ (٦) Organisation collective

(٧) Dominium ex jure quiritium

هذا اذا استثنينا ملكية العقارات بالاقاليم^(١) والحقوق العينية الناشئة من
الايماجات الدائمة^(٢) وكان المالك بروما ينتفع في ملكه بالحقوق الثلاثة المقررة
للملكية وهي حق الاستعمال^(٣) والاستثمار^(٤) والتصرف^(٥) ومجموعها يكون
في ذاتها حقاً خاصاً وفقاً على الملكية. وهذا الحق الخاص بالملكية هو الذي يمتلكه
المالك وله أن يجزئه الى أجزاء مختلفة أى يقرر للغير على ملكه حقوقاً صغرى
لا يجوز أن تتعدى ما يأتى : حق الانتفاع^(٦) وهو حق وقى حتماً . وحق
الارتفاق وهو حق دائم مقرر للعقار على عقار مجاور له فى الغالب وليؤدى له
خدمة أعظم بكثير من الضرر الذى ياحقه من جراء تأديتها . وحق الرهن^(٧)
وهو الحق الذى يستعين به المالك فى الاستفادة مالياً من ملكه من طريق الاقتراض
عليه . وقصارى القول ان الملكية الرومانية قد امتازت عن غيرها بميزة البساطة
أو الاستقلال الذى كانت معروفة به

الملكية فى القرون الوسطى : أما الملكية فى القرون الوسطى سواء كانت
بفرنسا أو بأهم البلاد المتمدنية فقد كانت معروفة بالملكية فى عهد الاشراف
والاقطاعات^(٨) أى أنها كانت غير مستقلة وكانت مرتبطة ومضطربة

٥٩ - الملكية غير مستقلة : كان لابد للارض من نبيل أو شريف^(٩)
يملكها . وكانت العقارات ، ما عدا القليل منها^(١٠) بمثابة منح^(١١) أى أن
واضح اليد عليها ، أشرافاً كانوا^(١٢) أو غير أشراف^(١٣) ولو أن وضع يدهم
غير معين بوقت ما ، كان مفروضاً فيهم أنهم تلقوا هذه العقارات من طريق
التنازل اليهم من مالك عظيم^(١٤) وأن هذا المالك العظيم فى تنازله لهم عن

Locations perpétuelles (٢)	Fonds provinciaux (١)
Usufruit (٦)	Abusus (٥)
Alleux المسمى (١٠)	Seigneur (٩)
Vassaux nobles (١٢)	Tenures (١١)
Propriétaire éminent (١٤)	Tenanciers roturiers (١٣)

الانتفاع^(١) قد احتفظ لنفسه خاصة بحق الملكية^(٢) ذلك الحق الذى تم عليه ويؤيده جعل معين يضرب على الأرض^(٣) ويسمى هذا الجعل برسوم الانتقال^(٤) وبجانب هذا النوع من الملكية ، ومصدره كما رأينا ، فى ذلك النظام المعروف بنظام الأشراف والاقطاعات ، وجد نظام آخر لم تشبه هذه السيادة التى كانت للمالك على المنتفع وهو نظام تأجير العقار فى مقابل ايراد مرتب^(٥) والحكر^(٦) وغير ذلك . وكانت تعقد العقود بنفى أجل أى بطريقة دائمة أو لمدة طويلة جداً^(٧) . وكان هذا النظام نتيجة حتمية للضرورات الاقتصادية التى كانت معروفة فى ذلك الوقت وعلى الأخص فى قلة رؤوس الأموال من النقود . تلك القلة التى حالت دون الذين يعملون فى الأرض^(٨) فى مشترى هذه الأرض . على أن الجعل الذى كان مقررأ على واضعى اليد كان من شأنه أن يجعل هناك كثيراً من الشبه بين هذا النظام وذلك النظام الآخر المعروف فى عهد الاشراف

٦٠ - ٢ - تعبير الملكية : مما نرى أن الملكية كانت أيضاً معقدة اذ تعددت أنواعها وتعقدت فيها الحقوق العينية المقررة على الارض . وفوق ذلك فقد كانت الارض محملة بأنواع مختلفة من الجعل يدفع الى بعض الافراد الذين كانوا يعتبرون ورثة حقيقيين أو صوريين لطبقة النبلاء السابقين الذين طال عليهم الزمن فطواهم وطوى معهم أدلة ثبوت النسب . وكان واضعو اليد ينظرون الى هذا الجعل نظراً ممقوتاً اذ كانوا يعتبرون أنفسهم كملاك حقيقيين لا يشاركونهم فى الارض أحد ممن يدفعون اليهم الجعل

الملكية بعد الثورة الفرنسية : ولما جاءت الثورة الفرنسية سنة ١٧٨٩ أبطلت

Domaine direct (٢)

Domaine utile (١)

Droit de mutation (٤)

السماة أو Fief Censive (٣)

Emphythéose (٦)

Baux à rente foncière (٥)

Travailleurs de la terre (٨) Amodiations (٧) وكان هذا النظام يسمى

دفع الجمل وأقرت واضعى اليد في يدهم^(١). وهكذا عادت الملكية الى ما كانت عليه بروما . واصبحت الملكية حقاً مطلقاً^(٢) بمعنى انها تحررت من القيود والضرائب المختلفة التي ارهقتها والتي ماقررت الا لمصلحة بعض أشخاص امتازوا عن الغير بامتيازات لا مبرر لها . اما القيود المقررة في الوقت الحاضر للملكية انما رجع في تقريرها الى المصلحة العامة والمنفعة الاجتماعية . وهذا ماتعنيه المادة ١١ من قولها بطريقة مطلقة

٦١ - الملكية في الوقت الحاضر : وسرى مما يلي ان الملكية في الوقت الحاضر قد اصبحت حرة^(٣) من هذه القيود السابقة التي شوهتها وانها ذات بساطة في الوقت الحاضر نعمت بها عنها التعقيدات الاولى السابقة وقد زال وعفا اثر ذلك الحق المسمى بالحق الاكبر^(٤) الذي كان يأتي مباشرة بعد المالك الحقيقي^(٥) واما الايجارات فقد اصبحت مؤقتة وهي على ذلك ليس من شأنها تجزئة الملكية لان حق المستأجر حق شخصي لم يخرج عن حق الاستغلال فقط ، الا ما تعلق بالحكم في مصر كما سيأتي بعد

(١) كولن وكاتبان ج ١ ص ٧١٨ (٢) Absolu (٣) Libre (٤) Droit éminent (٥) Propriétaire effectif . وقد سبق لادارة أموال للتسجيل بفرنسا ان حاولت اعادة ذكرى هذا الحق بأن طلبت رسوما تدفع اليها عند وفاة المالك وانتقال الملك الى ورثته Droits de mutation par décès فأبى عليها ذلك محكمة النقض الفرنسية د ، ١٥٧ ، ٢٣٣ - س ، ٥٧ ، ١ ، ٤٠١ . ومع زوال هذا الحق السابق فقد نقص عدد الاجزاء التي كانت الملكية مجزأة اليه . ولذا رأى الشارع أن يعينها تعييناً محدوداً بالمادة ١٩/٥ م د (وبلاحظ أن المادة المختاطة لم تأت بكلمة الاختصاص Affection التي وردت بالمادة الاهلية) ووصفتها المادة ٥٤٣ فرنسي بأن هذه الحقوق هي انواع من الخدمات العقارية Services fonciers اشارة الى أنها ليست امتيازات لاشخاص ممتازين وذلك قطعاً لدابر آثار عصر الاعتراف والاقطاعات

(٣) في تاريخ الملكية من الوجهة الخاصة

المصرية

١ - الملكية عند فقهاء الاسلام

٦٢ - الارض نومان عشرية وخراجية

الاراضى العشرية : هذه الاراضى هى الاراضى التى تؤخذ عليها الضريبة المسماة العشر^(١) والعشر عشر الخارج أى بل من قيمة المحصول قبل استئزال المصاريف ويزداد العشر بازدياد قيمة المحصول^(٢)

والاراضى العشرية نومان : أراض عشرية من طبيعتها وأراض وضع القناخ عليها العشر . فالنوع الأول يسرى على الحجاز واليمن ومكة . وبوجه عام تعتبر أرض العرب من هذا النوع وأراضى الجزيرة . والنوع الثانى ، وهو ما وضع القائم عليه العشر ، فسمان هو الآخر : قسم التزم القناخ فيه بوضع العشر . فكل بلد فتحت عنوة وقسم الامام أراضها بين القناخين اعتبرت عشرية . والقسم الثانى هو كل بلدة فتحت عنوة وأسلم أهلها كان الامام فيها بالخيار ان شاء وضع العشر وان شاء وضع الخراج

٦٣ - الاراضى الخراجية : هى كل أرض واقعة فى بلاد غير عربية وتسمى

بماء غير ماء العشر أى غير عربى ، أى ماء الخراج . ومن الماء ما هو عشرى كأنهار أراضى العرب وماء السماء والعيون والآبار . ومنه ما هو خراجى كأنهار البلاد غير العربية^(٣)

(١) والعشر والعشر والمشار جزء من عشرة وهو الضريبة الموضوعة على ثمر الارض العشرية

(٢) أنظر الاحكام المرعية فى شأن الاراضى المصرية تأليف يعقوب أرئين باشا وترجمة سعيد

صمون سنة ١٨٨٨ من الفرنسية للعربية ص ١٤

(٣) الاحكام المرعية ص ١٢

المخراج : والخراج نومان خراج مقاسمة وخراج وظيفة
 وخراج المقاسمة^(١) هو أن يكون الواجب شيئاً من الخارج نحو الخمس
 والسدس وهكذا . والتقدير فيه مفوض للإمام ولا يزيد عن نصف الخراج ولا
 يقل عن خمسة . والاراضى المحملة بهذه الضريبة أراضى الرعفران والقطن
 وخراج وظيفة^(٢) أو خراج التوظيف أو المواظفة وهو أن يكون الواجب
 شيئاً في الذمة يتعلق بالتمكن من الانتفاع بالارض سواء زرعها بالفعل أو لم
 يزرعها ويؤخذ عيناً أو نقداً^(٣) ولا يجمع العشر والخراج في أرض واحدة^(٤)
 وعند عدم أداء الخراج لم يكن للإمام أن يأخذ الأراضى من مالكها ويدفعها
 الى غيره

ولما كانت الضرائب عند العرب قد تطورت هي الأخرى مع الزمن حدث
 لها من التعديل ما حدث . وقد أوجز أرتين باشا هذه التطورات في الصحف
 القيمة الآتية وأردنا اثباتها هنا حتى يمكن الوقوف بها على مبلغ ما كانت عليه
 هذه الضرائب وشرعيتها المقصودة منها قال^(٥) :

٦٤ — « وإذا عرفنا ذلك فلنبحث الآن عن الاراضى وما أصابها
 ونالها من التغييرات في تلك الازمان . قلت : يعلم كل منا أن العرب ارتدت بعد
 وفاة النبي صلى الله عليه وسلم وجاهرت بالمعصيان وإن أبا بكر رضى الله عنه قضى سنى
 خلافته الثلاث في اخضاع الثائرين وارجاع المرتدين الى الاسلام فكان يسير على خطة
 النبي صلى الله عليه وسلم فاذا فتح بلداً راعى عوائد وأخلاق أهلها وأقر العرب من
 مسلمين وغيرهم على أراضهم بشرط دفع عشر ثمرها لبيت المال وذلك هو العشر .
 وقد كانوا عمودوه منذ أزمنة عديدة ربما كانت من يوم نزح اليهود الى بلاد العرب

Impôt fixe (٢) Impot propotionnel (١)

(٣) الاحكام المرعية من ١٥ — النسخة الفرنسية من ٢٨ — ٣١

(٤) من ٢٣ (٥) من ١٧ — ٢٣ هامش

أى قبل الهجرة لستة أو سبعة أجيال والله أعلم . وبهذه الكيفية اعتبرت أرض العرب كلها وأرض البلاد التي اهلها من العرب فقط عشرية من طبيعتها ولما أفضت الخلافة الى عمر بن الخطاب رضى الله عنه بعد أبى بكر حشد العساكر والجيوش بقصد فتح العراق العجمي والشام ومصر . وقد أراد الاستيلاء عليها ليفيد منها خيرات حجة لنفع الاسلام والمسلمين . ويظهر لنا من تفحص اعماله بالتأمل والتبصر ان احد مبادئ سياسته كان عدم تغيير شىء في عوائد البلاد التي تظهر عليها اجناده وعدم مس اخلاقهم واصطلاحاتهم بشىء . فاستولت جيوشه بسهولة كلية على تلك البلاد بل ان اهلها استقبلوهم استقبال مخلصين لهم من جور الفرس والروم الذين كانوا يعاملونهم معاملة عريقة في الخشونة والقسوة فالبست اولئك الناس اذ رأوا العرب عليهم مقبلين ان بسطوا لهم أيديهم قائلين مرحباً بالقادمين — اما الخليفة عمر رضى الله عنه فلم يكرههم على الاسلام وانما من عليهم برقابهم واموالهم واراضيهم ووضع على اراضيهم الخراج ولم يتعرض لشىء من العوائد والاصطلاحات التي كانت منتشرة بينهم قبل الفتح . وكانت اراضى هذه البلاد تسقى بماء الأنهار فوضع عليها الخراج فذلك علة القاعدة ان كل أرض واقعة في بلاد غير عربية وتسقى بماء غير ماء الأنهار العربية تمد خراجية — وقد اتبع عمر رضى الله عنه في سياسته مبدأ آخر وذلك انه كان يكره توطن عساكره وقوادهم من العرب في البلاد التي ظهروا عليها . على انه لم يتيسر له التزام هذه الخطأ بل اضطر أن يعطى بعضاً من المساهين أراضي في تلك البلاد . فثما ما أعفاه من الخراج والعشر . ومنها ما رفع عنه الخراج ووضع عليه العشر . ولقد فتح الخلفاء الذين خلقوا عمر بلداً أخرى ووجهوا اليها العرب فأقاموا فيها . وكان العرب قد باشروا الاستيلاء على تلك البلاد فلم يروا أن يملكوا فيها أرضاً بنفس الشروط الموضوعه على مالكي الأرض غير المسلمين . فاتبع خلفاؤهم والقواد بالنيابة عن الخلفاء نهج الخليفة عمر اذ قسموا بين اجنادهم

كل ارض تسقى بماء السماء عشرية وكل ارض تسقى بماء النهر خراجية ٨٣

أراضى ووضعوا عليها العشر مثل الاراضى التى كان يمتلكها أولئك الاقوام فى بلادهم أى فى بلاد العرب . — ثم أسلم بعض أهل البلاد التى ظهر عليها المسلمون فصاروا بذلك كالمسلمين الذين فتحوا بلادهم فطلبوا أن تجعل أرضهم عشرية فأجيب طلبهم . ولما تزايد عدد الذين كانوا يسلمون ولم يبق من حاجة لتأليف القلوب على الديانة الحمديدية قرر الخلفاء أنه اذا امتلك المسلم أرض الخراج يؤخذ منه الخراج وانه اذا اشترى الدمي أرضاً عشرية يؤخذ منه الخراج . ولما فتح المسلمون شمالى آسيا وشمالى أفريقيا حيث الاراضى تسقى بماء السماء اضطروا القائمون الى سن قانون جديد اقتضته أسباب عديدة : منها قلة ريع هذه الاراضى بالنسبة لغيرها من الاراضى التى تسقى بماء الانهار وزيادة التعب اللازم لتبنيتها للزراعة وظن أنها كانت عشرية أيام كانت تلك البلاد خاضعة لسلطة الفرس والروم والترك . وتكاثف عدد الشعوب التى كانت خاضعة لسلطة المسلمين من غير المسلمين والنظر الى الخطة التى سار عليها الخلفاء فى القرنين الأولين للهجرة وهى عدم تغيير شئ فى العوائد التى تكون منتشرة بين أهل بلاد حين فتحها وترك ذلك للزمن الذى كان يؤثر تدريجاً على أهلها فيحملهم على الدخول فى ديانة المسلمين والاختذ بعوائدهم وأخلاقهم والتكلم بلغتهم . فلما ان هذه الاسباب كلها حملت الفاتحين على وضع العشر على أراضى تلك البلاد الا أنهم ضربوا الجزية على اهاليها الغير المسلمين ثم وقع اشتباه بين هذه الكلمة وبين لفظة الخراج . فها سبق يتضح وجود فرق بين ما يعامل به المسلمون وبين ما يعامل به اهل الذمة فيما يختص بأراضيهم حتى فى البلاد التى ارضها عشرية . وبما أوضحناه ينتج ان هناك ضابطاً عاماً وهو ان ارض العرب كلها وارض البلاد التى تسقى بماء السماء عشرية . وان كل اراضى البلاد التى تسقى بماء انهار غير عربية تعد خراجية . ولكي نزيد هذا الضابط سهولة ووضوحاً نضعه فى هذا الشكل : كل ارض تسقى بماء السماء عشرية . وكل ارض تسقى بماء نهر خراجية . فلما ينطبق على هذا الضابط يجب اعتباره

مستثنى منشؤه اعمال خصوصية صدرت من النبى صلى الله عليه وسلم او من الصحابة رضى الله عنهم او احكام خاصة صدرت منهم فى اثناء المدة التى انقضت بين ظهور الاسلام وتقرير احكام الشريعة المطهرة على وجه ثابت . — ولوبحسنا عن الاسباب المادية الموجبة للفرق بين الاساس المستند عليه فى وضع الضريبة العقارية على الارض التى تسقى بمياه الأنهار وبين المستند عليه فيما يختص بالاراضى التى تروى بماء السماء وأردنا صرف النظر عن الاسباب السياسية او الاحكام الخصوصية التى احدثت هذا الفرق ساغ لنا حل المسئلة على الوجه الآتى : وذلك ان الاراضى التى تسقى بماء السماء لا تلزم الميرى بصرف كثير من النفقات فى سبيل اشغال منافع عمومية بل أكثر ما تلزم به من هذا القبيل نفقات يسيرة لاجراء بعض اشغال قليلة كتصريف زائد ماء السماء ووضع حواجز للجداول كي لا تطفئ على الارض فتتلف الزراعة . وهذه الاشغال القليلة لا تكون ضرورية الاجراء الا فى الاغوار والسهول الممتدة على ضفتى الأنهار وعلى ذلك فالميرى يستمىض النفقات التى يصرفها فى مثل هذه الأشغال وزيادة عليها كثيراً بأخذه عشر الربيع . اما البلاد التى تسقى اراضيها الأنهار فليست الحال فيها كذلك . فلو وضع على اراضيها العشر لما كفى ما يتحصل منه للقيام بالنفقات الجسيمة التى تستلزمها الجسور والقناطر المقتضى اقامتها والترع الواجب حفرها والحواجز اللازم انشاؤها لسقى الاراضى ولتصريف المياه ولمنع الفرق ولأوفت بمصاريف تطهير الترع الذى لا بد من حصوله فى كل سنة كي لا تمتلئ بالطمي والأقذار . وبالاجمال لتعويض نفقات الأشغال العمومية : والمراد بهذه الاشغال ما استلزمته الاراضى لاعطاء غلة « ١٥ »

٢ - في أصل الاراضى المصرية

وكيانها القانوني

٦٥ - اختلف الباحثون فيما اذا كانت مصر قد فتحها العرب على يد عمرو ابن العاص في خلافة عمر بن الخطاب غنوة أو صلحاً . الا أن أئمة المذاهب الاربعة اتفقوا على أن فتحها كان غنوة ^(١) واتفق المؤرخون والمحدثون ^(٢) على أن أقباط مصر لم يعتنقوا الديانة الاسلامية . ويروى مصر النيل وهو نهر غير عربى مياهه خراجية . وضرب الخليفة عمر الجزية على مصر . قال السيوطى : « وبقي أهالى مصر مالكيين لأراضهم بعد الفتح كما كانوا قبله » ^(٣) والذي يستفاد من ذلك أن أراضى مصر خراجية بدوفاً استثناء . وان كان جزء منها عسرياً فسيمصير خراجياً يوماً ما

وان كانت أرض مصر خراجية فهل خراجها خراج مقاسمة أو خراج وظيفية وهل أعطيت الاراضى للمصريين المضروبة عليهم الجزية بصفة ملك أو بصفة أخرى ؟ تناقضت الآراء في ذلك . كما قرره الشيخ عبد الرحمن القرشى الشافعى في كتابه (رحمة الأمة في اختلاف الأئمة سنة ١١٤٣ هـ و ١٥٣٦ م) وقرر البارون جاشروده سان دانيس ^(٤) في كتابه « في تاريخ الدولة العثمانية من سنة ١٧٩٢ الى سنة ١٨٤٤ » بأن هناك أدلة كتابية تؤيد أن الارض كانت ملكا لسلطان من زمن الفراعنة وأن البطالسة والرومانيين نحوا هذا النحو مع بعض التعديل الطفيف ^(٥)

ويظهر أن القدماء أثبتوا أن أهالى الناحية الواحدة كانوا شركاء معاً في الارض ملكاً ^(٦) والفرض من الملك الثرع والاستغلال لا التصرف . وكانوا

(١) الاحكام المرعية ص ٣٧ Traditionniste (٢)

(٣) الاحكام المرعية ص ٣٨ Le baron Jechereau de St. Denis (٤)

(٥) الاحكام المرعية ص ٣٩ . نسخة فرنسية ص ٧٢

(٦) Communauté indivise

مسؤولين بالتضامن عن الضرائب . وكانت الملكية للحكومة وحدها . واستنتج يعقوب ارتين باشا ذلك من نبذ وردت في سفر التكوين^(١) والاصحاح أنه لما اشتد الجوع بالمصريين وفي عهد يوسف نصبت جيوبهم من المال في مشرى الحنطة باعوا أراضيهم لفرعون مصر وأسلموا أنفسهم له معها وأخذوا يدفعون له خمس غلته ويحتفظون بالباقي . وظلوا هكذا حتى فتح العرب مصر وأخذ الفاتحون بما كان عليه المصريون من قبل^(٢)

ويؤكد المحقق الشهير فوستيل دى كولانج^(٣) في كتابه المدينة القديمة^(٤) ان الملكية الفردية لم تكن معروفة عند الشعوب القديمة في عهد الطفولة . وأباح الترتيملك الماشية دون الارض . وكان الجرمانى الاول لا يملك من الارض الا غلتها . ويستنتج من ذلك ارتين باشا أن مصر مرت هي الاخرى بهذا الدور . ويؤكد أيضاً أن الخلفاء بعد فتح مصر لم يضعوا على الارض خراجاً ولا ضريبة رأساً ولم يوزعوا جزءاً من هذه الاراضى بين العساكر الفاتحة (وهذا يؤكد لنا أيضاً بأن العرب عاملوا المصريين بما يخالف ما اتبعوه مع غيرهم) ولم يخصصوا جزءاً من أرض مصر لايفاء خمس الغنيمة العائد شرعاً للخليفة ووزعوا أراضي اليونانيين الذين ماتوا في الحرب معهم على المسيحيين المصريين ليزرعوها^(٥) ويستفاد من ذلك أن العرب أقرروا المصريين على ما كانوا عليه قبل الفتح . واكتفى عمرو بن العاص بضرب الجزية^(٦) على أقباط مصر . وسميت هذه الجزية بالخراج^(٧) وترك الفاتح أمر توزيع هذه الضريبة للالهالى أنفسهم فيما بينهم . وقرر السيوطى عن ابن عبد الحكيم أن عمرو بن العاص أقر قبط مصر على الجباية المعروفة في عهد الروم ويستنتج ارتين باشا فيما قرره هذا الامام ان الملكية المعروفة الآن بمصر لم تكن

Genèse (١) (٢) الاحكام ص ٤٠ — ٤١

La Cité Antique (٤) Faustel de Coulange (٣)

Tribut (٦) (٥) الاحكام المربية ص ٤٢ . النسخة الفرنسية ص ٧٧

(٧) النسخة الفرنسية ص ٧٨ — النسخة العربية ٤٢

معروفة البتة بها في الازمان السابقة وانه من يوم الفتح الاسلامي لم يكن المزارع مالكا للأرض نفسها بل كانت ملكا للناحية^(١) أو بعبارة أوسع لصاحب السيادة أي الحكومة^(٢). هذا ويقال ان الخليفة عمر اعطى الى بعض اشخاص املاكا كانت الارض مضمومة فيها من كل ضريبة ويظهر ان ملكية هذه الارض المعطاة لم تكن لمن اعطيت اليهم ، أخذاً بالقياس فيما كان يفعله الامويون والعباسيون ، ولكن كان واضمو اليه يتوارثون مع ذلك الأرض المنعم بها عليهم وسميت هذه الارض بالاقطاعات تمييزاً لها عن اراضي الناحية المملوكة لبيت المال أي الحكومة وهي المسماة بالأراضي الخراجية^(٣)

واقضى احمد بن طولون أثر الخليفة عمر وسار سيرته من تولى بعده . أي ان ملكية الارض كانت للحاكم . وصادروا الاملاك المعطاة من الحاكمين السابقين وأعطوا بعضها لرجالهم واحتفظوا بالبعض الآخر

ونزع السلطان سليم من أيدي المالك كل ما كان لهم من الارض سواء كانت بوضع اليد أو الارث ووزعها بين العساكر التي تركها بمصر وعلى المالك الموالين له ليستغلوها . وسميت هذه الأراضي بالرزقة أو رزقة بلا مال^(٤) أو وقفها مالكوها على الجوامع^(٥)

ويستفاد مما تقدم أنه من يوم الفتح الاسلامي حتى القرن التاسع عشر كان يوجد بمصر نوات من الأراضي . نوع يحكي الملكية العامة^(٦) وهو معنى من الضرائب . ونوع من الأراضي ليس للزراع لها الا حق الانتفاع^(٧) وكانت محملة بالضرائب الخراجية . وكلا النوعين مملوك للحكومة^(٨)

ولما استولت الدولة العثمانية على مصر لم يغير نواب السلطان فيها شيئاً من

(١) Commune (٢) Etat ص ٤٣ عربي و٨١ فرنسي

(٣) ص ٤٣ عربي و٨٢ فرنسي (٤) ص ٤٤ عربي و٨٢ فرنسي

(٥) ص ٤٦ عربي و٨٧ فرنسي (٦) Quasi pleine propriété

(٧) Usufruit (٨) ص ٤٤ عربي و٨٢ فرنسي

الانظمة التي انشأها السلطان سليم وابنه السلطان سليمان . ولكن المماليك نشطوا وتحكموا في الرقاب واستبدوا وحكم أحدهم البلاد بلقب شيخ البلد وانحطت العمارة بها وكسدت التجارة وقل المال وهبطت قيمة الارض واضطرت الحكومة في تحصيل الضرائب الى اتباع طريقة الالتزام أى تلزيم الخراج بأن يتولى أمر الجباية شخص يدفع قيمة الاموال بالمزايدة والاتفاق مع الرزنامة بالنيابة عن الحكومة (ويسمى عقد تلزيم^(١) أو تقسيطا) ثم يعمل الملتزم جهد طاقته في تحصيل ما دفعه مع فوائده^(٢)) والالتزام كان معروفا في غير مصر عند القرطاجنيين واليونان والرومان)

ولما كان الملتزم مكلفا من الحكومة بالقيام بواجبات كايواء المسافرين وصيانة الجموع والمدارس والحمامات ، كانت تعطيه أراضى مفعاة من كل ضريبة يحرثها فلاح الناحية سخرة لنفع الملتزم . وكانت تسمى هذه الاراضى بالأوامر وقصارى القول لم تكن الملكية الفردية المعروفة الآن معروفة بمصر . بل كل فرد من أفراد الاهالى انما يزرع الارض ويستغلها حتى اذا جاء الحاكم وأراد رفع يده عنها أخرجه منها وتولى الحاكم أمرها

٦٦ - ولما جاء محمد على سار نحوها ما سار عليه المتقدمون من حاكمى مصر وقضى على المماليك وصادر أملاكهم^(٣) سواء كانت التزاماً أو رزقاً أو غير ذلك . ولما تم له أمر الحكم أخذ يعمل على توكيد الملكية وتثبيتها بتركيزها على أسس ثابتة باعتبار ان نظام الملكية هو ذلك النظام الذى يملق عليه أهمية كبرى فى الانهاض بمصر^(٤) فاستعان بالاصول التى قررها مذهب أبى حنيفة باعتباره المذهب الرسمى للبلاد من زمن ويرى أئمة هذا المذهب فى شأن أراضى الديار المصرية ان الامام بالخيار بين أن يقسمها بين غانمها^(٥) وبين أن يقر أهلها عليها

(١) Ferme (٢) من ٤٥ عربى و ٨٥ فرنسى (٣) Confisquer

(٤) من ٤٦ عربى و ٨٧ فرنسى (٥) Conquérents

ويضرب عليهم خراجاً وبين أن يصرفهم عنها^(١) ويأتي بقوم آخرين^(٢) ويضرب عليهم الخراج . وأنه ليس له أن يقفها^(٣) على المسلمين أجمعين ولا على غائبها — هذا ولما كان مذهب أبي حنيفة لم يقرر بعبارة صريحة بأن حق الرقبة^(٤) بمصر لا بد وأن يكون بيد المالك^(٥) إلا أنه حظر كل الخطر على بيت المال إيقاف أراضى مصر برمتها أى أنه حظر على بيت المال أى على الحكومة (أى الحاكم الشرعى^(٦)) بطريقة عامة أن يكون مالكا مطلقا^(٧) لا تمس ملكيته^(٨)

قلنا استعان محمد على بالاصول هذه المقررة فى مذهب أبى حنيفة لذا قرر مساحة كل أراضى مصر المزروعة^(٩) وراقب العمل بنفسه وقسم مصر الى مديريات ومراكز وأقسام ونواح وبطل الالتزامات ووزع اراضى كل ناحية بين اهالى الناحية فأصاب الفرد بين ٣ و ٥ افدنة . واعطى لمشايخ البلد فى كل ناحية بعض اراض اعفاها من كل ضريبة فى نظير استضافتهم لجباة الاموال وقيامهم ببعض أمور الحكومة . وسميت هذه الاراضى مسموح المشايخ ومسموح المصطبة

إما الاواشى وهى الاراضى التى اعطيت للملتزمين والتى تشبه كثير اً بمسموح المشايخ فانها ظلت بأيديهم رغم ابطال نظام الالتزام يتصرفون فيها ويستغلونها طول الحياة

وترتب على مسح الارض ان المزارع اصبحت له ارض معينة محددة ثابتة ومقيدة باسمه فى سجلات المساحة الامر الذى ترتب عليه ظهور مصر بمظهر جديد فى طريق حماية الملكية^(١٠)

ولكن يجب ملاحظة ان حماية الملكية لم تكن قد بلغت الحد الاقصى لها

Coloniser le pays (٢)	Les exiler (١)
Propriétaire (٥)	Une propriété (٤)
Wakf (٣)	
Incommutable (٨) م ٤٧	Prop. absolu (٧)
Souverain (٦)	
عربي ٨٨ فرنسى وجاءت الترجمة بالنسخة العربية فامضة فى هذا الوطن لذا رجعنا الى النص الفرنسى	
(١٠) م ٤٨ عربى و ٩٠ فرنسى	Cadastre général (٩)

لان الفرد الذى مسحت الارض له وتقيدت باسمه لم تصبح يده عليها يد مالك بل يده يد منتفع طول الحياة هذا ولننظر الآن فى الادوار الحديثة التى مرت على الملكية المصرية فى عهد محمد على للآن

١٨ - فى الاراضى الرزق

٦٧ - قلنا ان السلطان سليم نزع من أيدي الممالك كل ما كان لهم من الارض سواء كانت بوضع اليد أو بالارث ووزعها بين العساكر التى تركها بمصر وعلى الممالك من حظه ليستغلوها ومميت هذه الاراضى بالرزقة أو بلا مال وكانت الرزامة تعطى المنعم عليهم بها تقسيطاً أى سند تمليك^(١) بما يفيد أنهم يملكون حق الرقبة . وكانت الاراضى فوق ذلك معفاة من كل ضريبة ، ولما جاء محمد على لم يمس هذه الارصادات ولكنه ضرب عليها الخراج وفى نظير ذلك رتب للحائزين لها بمنابة تعويض^(٢) مرتباً^(٣) فى الرزامة يسمى بالفايظ وحظر عليهم حق الوقف

ولما صدرت اللائحة السعيدية العامة للاراضى المصرية فى ٢٨ الحجة سنة ١٢٧٤ (٥ أغسطس سنة ١٨٥٨) تقرر بالمادة ٢٥ منها نزع كل ما لهؤلاء الحائزين للاراضى من الحقوق مع ملكيتها . وورد بها ما يلى : « وكل من كان تحت يده شئ من الاراضى المذكورة سواء كان لجهة الوقف أو خلافه ويدفع عليها الخراج لجانب الميرى وواضع يده عليها خمس سنوات وقائم بما عليها من الخراج لجهة الميرى فتقيد له أثر منفعة^(٤) »

والذى يفهم من ذلك أن حق المنفعة هذا المقرر على هذه الاراضى الرزقة حق مقرر للحائز طول حياته فقط وكذلك المرتب ، بدليل أنه عند ما صار تعديل

Allocation (٣) Indemnité (٢) Titre de propriété (١)

Propriétés usufruitières (٤)

للالأمة السعيدية سنة ١٨٧٥ لم يذكر التمديد شيئاً عن تلك الاراضى ، الامر الذى يستدل منه على أنها أصبحت فى عداد الاراضى الزراعية التى لا يكون لها حائز يد عليها خلاف حق المنفعة فقط^(١)

§ ٢ - فى الاراضى الاواسى

٦٨ - لما صدر محمد على الاراضى التى كانت معطاة للمتزمين (ومن بينهم بعض الممالك) لمناسبة الالتزام وأخذ فى توزيعها بين المزارعين ترك للمالك اواسيهم يستغلونها طول الحياة بلاضريبة يدفعونها لبيت المال ورتب لهم مرتبات (فوائظ) بالرزامة يستولون عليها فى مقابل ما دفعوه عند حمل عقد التزيم لان ما دفعوه أصبح ملكاً للحكومة لا يرد . على أنه اذا توفى صاحب الفايظ انقطع المرتب وعادت الارض للحكومة . ولذا كان يعمل بعض الحائزين لهذه الاراضى على ايقافها وفقاً لأهلها حتى يتوارث الورثة المنفعة^(٢) ولأجل ايقاف تيار هذا الوقف صدر أمر حال فى ١٣ رمضان سنة ١٨٥٥ (كذا) بتوارث الورثة فى الاواسى . وتأيد هذا التوارث بالألأمة السعيدية بالمادة ٢٤ وبمرسوم ٢ شعبان سنة ١٨٥٩ (كذا) وبالألأمة السعيدية المعدلة سنة ١٨٧٥ ولما صدر قانون المقابلة سنة ١٨٧١ فانه أباح للحائزين على الاواسى بدفع المقابلة وبأن يتمتعوا أسوة بغيرهم بما جاء فى هذه الألأمة وبما منحته من ملك العقار ملكاً مطلقاً وغير ذلك من الفوائد فى مقابلة قيامهم بدفع ما قررت والتنازل عن الفوائظ المقيسدة لهم بالرزامة^(٣)

ولما صدر الامر الخديوى الرقم ٦ يناير سنة ١٨٨٠ وقانون التصفية المؤرخ فى ١٧ يوليو سنة ١٨٨٠ الفينا ما ورد فى لألأمة المقابلة فيما يختص بالامور المالية غير أنهما لم يمسأ بشىء الحقوق التى اكتسبها الذين دفعوا المقابلة فيما يتعلق بملكيتهم الارض ملكية مطلقة

(١) م ٤٩ عدد ٩١ فرنسى (٢) م ٤٩ - ٥٠ عربى و ٩٢ - ٩٣ فرنسى

(٣) م ٥١ عربى و ٩٤ فرنسى

وبما مر نرى أن هذه الاراضى بدأت فى الاصل بأن تكون بالايجار لأجل
مسمى ثم أصبحت فى أوائل القرن التاسع عشر تحت أيدى أصحابها باعتبارهم أصحاب
منفعة لها مدة حياتهم فقط . ثم تقرر التوارث فى هذه المنفعة . وانتهى بها الامر
أخيراً أن أصبحت ملكاً باتاً للحازن لها

٣٥ - فى الابعادات والجفالك

٦٩ - لما كان لحمد على بصفته نائباً مطلقاً عن السلطان أن يعنى الاراضى
الخراجية من الخراج وكانت كل أراضى الديار المصرية خراجية وزرع بين بعض
الناس أطيئاناً غير منزرعة وغير ممسوحة مغفأة من الضريبة وأراد بذلك زيادة
صمران البلاد بالزام المنعم عليهم بهذه الاطيان بقبول دفع الخراج واصلاحها .
وسميت هذه الاطيان أباعد أو ابعديات لعدم دخولها بالاطيان التى أجريت
مساحتها (١)

٤٨ - فى الاراضى الاثرية

أى الخراجية

٧٠ - تسمى الاراضى الخراجية بالاثرية لان منفعتها كانت تورث . وتعتبر
المنفعة منقولة من المورث الى الوارث على سبيل التذكار من الاول للثانى (١)
وهى أهم الاراضى المصرية ولذا تفرد لها هنا قولاً خاصاً بها
رأينا أن هذه الأراضى مسحت سنة ١٨١٣ وقيدت بأسماء من وزعت عليهم
باعتبارهم منتفعين طول الحياة (٢) لا مالكين (٣) . وقررت اللامحة الاولى
للاراضى الصادرة فى ٢٣ ذى الحجة سنة ١٢٦٣ (١٨٤٦) ان لو اضع اليد على

(١) من ٥١ - ٥٢ عربى و٩٥ - ٩٦ فرنى (٢) من ١٠٠ نسخة فرنسية هامش ١

Propriétaires (٤)

Usufruitier (٣)

لأرض^(١) حق التصرف فيها بمقتضى هذه اللائحة أى أن يجعلها غاروفة^(٢).
 وأن يتنازل عنها لشخص آخر بموجب حجة أو أمام شهود . وأباحث لمن ترك
 أرضه وغاب عنها حق استردادها . وأن من يعجز عن دفع الضريبة تؤخذ أرضه
 ويستردّها اذا دفع . وعلى كل حال فليس له على أرضه الا مجرد حق المنفعة
 وجاءت لائحة ٨ جمادى الاولى سنة ١٢٧١ (١٨٥٤) وعدلت لائحة سنة
 ١٨٤٦ من طريق التوسع ووضعت أجلا مدته ١٥ سنة لسقوط الحق بمرور
 الزمن فى الدواوى والمطالبات المختصة بالأرض . ومنحت ورثة المتوفى ان كانوا
 ذكورا حق الاستيلاء على الأرض التى تركها مورثهم . وأما الورثة الاناث فلمن
 حق المطالبة بجزء من الأرض لمعيشتهن فقط على شرط تقديم ضامن للخراج حتى
 اذا زال سبب العوز عادت الأرض للحكومة^(٣) . وأصبحت الحكومة لا تعول
 على الشهادات بل على المستندات الشرعية الصادرة من المديرية للاعتماد عليها فى
 مراجعة القيد فى المكلفات أى فى التوازيح

هذا ولقد رأينا « انه عندما وزعت الاراضى بين الاهالى عام ١٨١٣ أعطى
 منها قسم عظيم الى مشايخ البلاد فى مقابلة الخدمات التى كانت الحكومة تكلفهم
 بها . وكان المشايخ ملزمين بزراعة هذه الأرض وبحرثها . ولهم أن يشاركوا أو أن
 يزارعوا عليها وأن يؤجروها لأناس من نفس الناحية الواقعة فيها الاطيان . على
 أن أولئك المشايخ حادوا عن هذا المبدأ واتبعوا خطة الملتزمين الاقدمين ولزموا
 أهالى الناحية بحرث أراضيهم سخرة وسببوا لهم بذلك ضرراً عظيماً . فلما رأى
 ذلك ساكن الجنان سعيد باشا أصدر أمره العالى الرقيم ٥ ذى الحجة سنة ١٢٧٤
 (١٨٥٨) باعطاء أولئك الفلاحين منفعة الاراضى^(٤) التى كانت معتبرة أن
 مشايخ وعمد البلاد شاركوهم أو زارعوهم عليها أو أجروهم اياها . فقيدت تلك
 الأراضى بأسماء الفلاحين على نفس الشروط المختصة بمنفعة وخراج الأراضى

الخراجية على وجه العموم « ١١ »^(١)
ولكن اللائحة الهامة جداً والتي كان لها شأن في مصر فهي اللائحة السعيدية
الصادرة في ٥ أغسطس سنة ١٨٥٨ (٢٤ ذى الحجة سنة ١٢٧٤) وقد نشرت
في مجموعة وأوامر الاطيان وهي المجموعة التي وضعت سنة ١٨٧٥ عند وضع
القوانين المختلطة^(٢) وحذف باللائحة عند ادراجها بالمجموعة ما ألغى منها من
الاورام والقوانين الصادرة بعد صدورهما

هذا « واللائحة المذكورة تجوز صيرورة الارض الخراجية بالارث الى ذرية
المتوفى من الذكور والاناث بحسب الشريعة الفراء في الارث . وكذلك تعطى
لكل شخص ذكراً كان او انثى الحق في ملك الارض التي هو واضع يده عليها
مدة خمس سنوات متواليات وقام باداء خراجها ملكاً مطلقاً^(٣) فلا تنزع من يده
ولا تسمع فيها دعوى ولا قول من احد بوجه من الوجوه ولا طريقة من الطرق
وتسبغ له جعلها بالفاروقه^(٤) او رهنها^(٥) او تأجيرها لمدة ستة سنوات تحت
شرط تجديد عقد الايجار اذا اراد المؤجر التأجير^(٦) واللائحة المذكورة تحفظ
للحكومة الحق في نزع الارض من حيازة واضع اليد عليها للمنافع العمومية
بدون تكليف الحكومة بشيء في مقابلة ذلك سوى رفع مال الاراضى التي اخذت
في تلك العمليات ، على انها توزع الى المديرين بالتحقق من جسامه الاضرار التي
لحقت بواضع اليد من جراء أخذ أرضه منه ومن عوزة ، حتى اذا تحقق لهم انه
في حاجة أعطوه أراضى من أراضى الميرى الغير المسوحة . ولقد منحت اللائحة
المذكورة لمن غرس في أرضه أشجاراً أو حفر سواقي أو أنفأ أبنية فيها الحق في التصرف
في تلك الارض ولورثته من بعده بسائر التصرفات السائغة للملاك في املاكهم^(٧) »

(١) ص ٥٨ عربى و ١٠٢ فرنى

(٢) تقرير بطرس غالى بك بشأن الفريية المقاربة سنة ١٨٨٠

(٣) Possesseur incommutable (٤) Antichrèse

(٥) Hypothèque (٦) Renouvelable

(٧) النسخ الفرنسى يقول فقط Propriété absolue ص ١٠٤ — ص ٥٩ عربى

ومن هنا يتبين لنا أن الارض بمقتضى اللائحة السعيدية أيضاً لا تعتبر ملكاً مطلقاً لوضاع اليد ^(١) بل الملكية الاصلية للحكومة . وأول دليل على ذلك عدم دفع شيء عند نزاع الملكية . ولكن اللائحة هذه أباحت الملكية المطلقة لمن أقام أبنية أو خت سواى بأرضه . ومن وقت صدور هذه اللائحة زادت قيمة لارض المصرية

وفى ١٩ ربيع الآخر سنة ١٢٢٧ (١٨٦١) صدر امر عال يرخص للاورباوين بإنشاء وابورات لحليج القطن ^(٢) فى الاراضى حيازتهم . وكان محظوراً عليهم بمقتضى المعاهدات الدولية والامتيازات الاجنبية ^(٣) تملك أراضى بالديار المصرية ولكن محمد على أجاز لهم التملك بأن أنعم عليهم بأبعاديات بالشروط المعروفة لها أى اعطاء الحق فى ملك ذات العين ملكاً مطلقاً كالأهالى ^(٤) . وأباح سعيد باشا بأمره سنة ١٨٥٨ بجميع الاطيان الخراجية التى تركها من كانوا واضعى اليد عليها وسمح للأجانب بشراء ما يريدونه من هذه الاطيان وكانت تعطى لهم تقاسيط من الرزنامة كالأبعاديات . على أنه مع ذلك ما كان يجوز للأجانب تملك اراضى خراجية بمصر بسبب الاحكام المقيدة التى كانت سارية على نفس هذه الاراضى

فلما صدرت اللائحة السعيدية سنة ١٨٥٨ واصبحت الارض مهية لنظام يضمن رواجها ونمو قيمتها ، وعلى الاخص بشأن ما تقرر من حق الملكية المطلقة لمن بنى فى ارض خراجية ، انهال الاجانب بأموالهم على مصر ونشطت الحركة الاقتصادية وزادها نشاطاً صدور الارادة الشاهانية ^(٥) بتاريخ ٧ صفر سنة ١٢٨٣ (٢٥ يونيو سنة ١٨٦٧) بالترخيص للأجانب بامتلاك املاك ثابتة فى جميع أرجاء المملكة العثمانية ^(٦)

(١) Tenancier (٢) Machines d'égrenage (٣) Capitulations

(٤) Une propriété (٥) Loi impériale

(٦) ص ٦٠ و ٦١ عربى وص ١٠٦ — والمعلق ٨ ص ٣٤١ فرنسى .. وجاء بتقرير بطرس ظلى باشا (المنوه عنه مجموعة القوانين طبعه سنة ٩٠١) أنه فى سنة ١٢٥٨ هجرية ١٨٤٢ لما رأى المرحوم محمد على باشا أنه نظراً لكون الاعطاء المقيد بالشروط القاضى بعدم التصرف

وفي ١٣ رجب سنة ١٢٨٢ (١٨٦٥) صدر أمر عال بالزام كل منتفع بأرض خراجية ^(١) بالحصول على حجة الايلولة ^(٢) من المحكمة الكبرى السكائنة بالاغاليم الموجودة به الاطيان . وكان يذكر بحجة الايلولة كما كان يذكر ذلك من قبل بأن المالك لا يعتبر الا مالكا لحق المنفعة فقط ^(٣) وهذا يثبت أيضاً بأن الملكية الحقيقية المطلقة انما كانت للحكومة

ولما صدر الامر العالى الرقم ٢٢ شعبان سنة ١٢٨٣ (١٨٦٦) اصبح لواضعي اليد الحق في الايصاء بما هم واضعو اليد عليه من الاراضى الخراجية . ولكن هذا الامر العالى قد احتفظ للخطيوى حق الاقرار أو عدم الاقرار على انقاف هذه الاراضى وهذا القيد يؤكد ان الملكية الاصلية لازالت للحكومة ^(٤)

وهذا ولما كانت الشريعة الاسلامية تميز لواضع اليد ان يتركها للحكومة ان عاجز عن زراعتها أو عن الوفاء بخراجها الامر الذى تأيد بقوانين أخرى تمسك كثيرون بهذا المبدأ وتركوا الاطيان للحكومة اما عجزاً عن القيام بالخراج واما فراراً من الطلبات العديدة للحكومة

ولم يقف ترك الراحل لاطيان الخاصة به بل تناول ذلك احياناً اراضى لبقية الاسرة ذكوراً كانوا أو أنثاء لأن اللائحة السعيدية كانت قررت بالمادة ٢ منها

في هذه الاطيان لا بيع ولا خلافة (وانما يجوز التوارث فيها) غير موافق للشريعة الاسلامية ويترتب عليه عدم الوصول للثأبة المقصودة وهى اصلاح الاطيان لو طرأ على اربابها اعسار وعدم مقدرة على زراعتها ، قد أصدر أمر فى ٥ محرم سنة ١٢٥٨ صرح فيه لارباب الاطيان المذكورة بالتصرف فيها بكافة أنواع التصرفات الشرعية من بيع وهبة ونحو ذلك . وتبته على الرزامة بابطال شرط عدم التصرف فيها من التقاسيط واعطاء تقاسيط خلافتها مندرجا بها هذا التصريح . وجاء بهذا التقرير أيضاً أنه لثأبة سنة ١٢٧١ هجرية (١٨٥٤ ميلادية) لم يكن مربوطاً شئ على اطييان الابدائيات والجنابين ، وفى ٧ محرم سنة ١٢٧٣ صدر أمر من سعيد باشا بالزام ارباب الاطييان المذكورة بتوريده عشور محصولاتها ضعفاً — ولذا أطلق عليها اسم اطييان عشورية (راجع حكماً مطولاً لهذا البيان التاريخي صادرأ من محكمة الطارين الجزئية فى ١٠ فبراير سنة ١٩١٨ ش ، ص ٣٠٣ — ٣١٠ رقم ٦٦)

Usufruitier (١) Titre légal (٢) Propriétaire de l'usufruit (٣)

(٤) ص ٦٣ مرقى و ١٠٧ فرنسى

بإقامة الارشد في العائلة^(١) وكيلًا عن بقية الورثة . فتتظلم الورثة من ترك الاطيان اضراراً بهم . وعلى ذلك صدرت مضبطة من مجلس الاحكام في ٩ ذى القعدة سنة ١٢٨٣ (١٨٦٦)^(٢) أصبحت قانوناً فيما بعد بأنه لا يستقط حق القاصر في الاطيان الخراجية بترك كبير العائلة لها ما لم يمض على القاصر بعد بلوغه خمس سنوات لم يطالب فيها بحقه . وكان البلوغ مقدراً بسن ٢١ سنة^(٣)

وفي سنة ١٨٦٩ أصدر الخديوى أمراً طالياً مطابقاً لرغبة العمدة والمشايخ وهو أن يكون تكليف الاطيان من الآن فصاعداً على أكبر أولاد المتوفى . أما الاراد فيجوز تقسيمه سنوياً على العائلة كل وما يخصه . حصل ذلك عند ما تذر العمدة والمشايخ من تقسيم الاراضى بعد الوفاة على الورثة ، اذ رأوا في ذلك اضعافاً لأنهم بتقليل لنفوذهم المتصل بمساحة الارض . وفي عدم قسمة الارض بين الورثة وفي بقاءها مكلفة على ذمة الارشد عوداً للروكية القديمة أى الاشتراك في المعيشة العائلية وهو نظام مصرى قديم^(٤)

وفي سنة ١٨٧١ صدرت لائحة المقابلة^(٥) وكانت بمثابة عقد مشاركة بين الخديوى والتمول^(٦) يقضى بأن من يدفع معجلاً خراج ست سنوات عن أرضه يعنى من دفع نصف الخراج مدى الحياة^(٧) ويعطى حق الملكية المطلقة^(٨) عن الارض التى دفع ثمنها . وقد ألغيت هذه اللائحة سنة ١٨٧٦ وأعيدت في ذات السنة ثم ألغيت ثانياً سنة ١٨٨٠ وتأيد الغاؤها بقانون التصفية الصادر في السنة نفسها

ولكن إلغاء لائحة المقابلة لم يؤثر على الحقوق المكتسبة من قبل اذ أصبح لمن دفع المقابلة مالكا للاراضى الخراجية ملكاً مطلقاً لا يشاركه فيه شريك بعد

(١) Le plus âgé (٢) Déclaration (٣) ص ٦٣ عربى و ١٠٨ فرنى

(٤) ٦٣ عربى و ١٠٩ فرنى

(٥) انظر ملخصها بكتاب الاطيان والضرائب لواءه جرجس بك حنين ص ٢١٥ — ٢١٩

طبعة سنة ١٩٠٤ (٦) Contribuables (٧) A perpétuité

(٨) Propriété absolue

ان كان لا يملك فيها الا حق المنفعة ^(١) كما رأينا

هذا ولما رأى الخديوى أن أمره الصادر سنة ١٨٦٩ الخاص بتكليف الاطيان على أرشد العائلة قد أضر بأفراد العائلة الآخرين أصدر أمراً في ٩ يوليو سنة ١٨٨١ (أى بعد لائحة المقابلة وبعد قانون التصفية) بإلغاء أمره السابق وأن يقيسد باسم كل وارث نصيبه فى الاطيان شرعاً ذكراً أو أنثى وان له الحق فى الحصول على حجة بما يملكه من واقع ما جاء بالمكلفة ^(٢)

هذا ويقرر يعقوب أرئين باشا سنة ١٨٨٣ عند وضعه لكتابته هذا الشهير جداً أنه لا يوجد فى ذلك الوقت اطيان يملك أربابها منفعتها فقط الا اطياناً قليلة خراجية وأطيان مصلحة الاراضى الميرية ، الدومين ، على وجه العموم ^(٣) ويقول بأن الاطيان المملوكة للميرى هذه تقسم الى قسمين

أولاً — الاطيان التى تديرها مصلحتنا الاراضى الميرية ^(٤) والدائرة السنية ^(٥) وأطيان هذا القسم كانت مملوكة للخديوى اسماعيل ولاولاده الذكور والاناث الذين دفعوا المقابلة وامتلكوها ملكاً نهائياً ثم اضطروا الى التنازل عنها للحكومة ثانياً — الاطيان المعروفة بأطيان الميرى الحرة ^(٦) وهى المملوكة لها خاصة ولم يكن للغير حقوق عليها ^(٧) وهى اراضى خالية من الزراعة أو غير مستصلحة أو نشأت عن زيادات مساحة وكانت مملوكة للميرى . وصدرت لهذا النوع الاخير لائحة فى ١٤ اكتوبر سنة ١٨٨٠ بشأن بيع هذه الاطيان . وورد بالمادة ١٢ منها ما يأتى : « الاطيان ^(٨) التى تباع تكون جميعها خراجية . ومع ذلك تعطى بها حجب بتمليك العين ^(٩) »

٧١ — والخلاصة مما تقدم جميعه ما يأتى :

Usufuit (١)	(٢) ٦٥ عربى و ١١١ فرنسى
Domaines (٣)	Commission des Domaines de l'Etat (٤)
(٥) Commissoin de la Daïra Sanieh	Biens libres de l'Etat (٦)
(٧) ٦٥ عربى و ١١٢ — ١١٤ فرنسى	Les terres arables (٨)
(٩) En plein propriétés	

« من امتلك أرضاً عشرية أو خراجية أو أبعدية أو أوسية أو أرضاً خراجية مهما كان نوع خراجها وكانت تلك الأرض دفعت عنها المقابلة بتامها أو بعضها أو أرضاً من ضمن أملاك الميرى الحرة الجارى مبيعها من سنة ١٨٨٠ فهو مالك لعين تلك الأرض ^(١) مهما كانت جنسيته ومهما كان دينه . ولا فرق بين هذه الاطيان وبين الاطيان التي تدفع للميرى عشر ثمنها الا فيما خص الايقاف . فان الاراضى التي تدفع خراجاً لا يجوز ايقافها الا بتصريح من الخديوى . اذ أن ايقافها متعلق بإرادته البتة كما جاء ذلك فى البند السادس من لائحة المقابلة وفى الامر العالى الرقم ٢٢ شعبان سنة ١٢٨٣ (١٨٦٦) . أما الاطيان التي لم تدفع عنها المقابلة فلا تزال تسرى عليها أحكام الأوامر العالية الصادرة فى ٥ محرم سنة ١٢٥٨ (١٨٤٨) و ١٨ رمضان سنة ١٢٧٣ (١٨٥٦) و ٢ شعبان سنة ١٢٧٦ (١٨٥٩) . أى أن الابعاديات التي فى أيدي أربابها حجيح وتقاسيط بها ستبقى مملوكة لهم . وان الاوامى المرتبة فى الرزنامة تنحل للميرى عند انقراض الذرية من الذكور والاناث والاراضى المذكورة هى قليلة جداً—أما الاطيان الخراجية على وجه العموم فحيث أنه ليس لواضع اليد عليها أن يملك عينها ولا أن يوقفها فالمملوك منها انما هو المنفعة فقط . أما العين فهى مملوكة للحكومة أى للخديوى كما يثبت ذلك اثباتاً نافياً للريب والشك عدم الزام الحكومة باعطاء بديل ما لمن نزعته منه أرضه للمنافع العمومية » ^(٢)

هذه هى حالة الاراضى المصرية من الوجهة التشريعية حتى سنة ١٨٨٣ أى ظهور كتاب أرتين باشا باللغة الفرنسية . ومنها نعرف الكيان القانونى لها ومبلغ أثرها فى التشريع المصرى الذى ظهر بعد ذلك بشكل القوانين الاوروبية أى التشريع الموضوع على شكل مواد ^(٣) . وأول العهد بذلك هو القوانين المختلطة

(١) Propriétés absolues

(٢) ص ٦٦ — ٦٧ و ١١٤ — ١١٥ فرنى Codes (٣)

التي وضعت سنة ١٨٧٥ وعمل بها في أوائل سنة ١٨٧٦ . وتلاه التشريع الاهلى الذى وضع على هذا النمط أيضاً سنة ١٨٨٣
وانا نبين الآن هذا التشريع المختلط وتطوره ثم التشريع الاهلى وأدواره
وبذا نستطيع الوقوف على الحقائق العديدة والتاريخية لبعض المسائل القانونية
والعملية التى اختلفت فيها أحكام المحاكم وآراء الشارحين فى وقتنا الحاضر

٤) الملكية المصرية

والتشريع المختلط

٧٢ — وضع القوانين المختلطة ^(١) المحامى الفرنسى مونورى ^(٢) أخذاً عن
القوانين الفرنسية مع مراعاة أحوال البلاد الخاصة بها . ووضع المواد ١٩ — ٢٦
بما يتفق مع أحوال البلاد فى ذلك الوقت . ويلاحظ بأن هذه المواد لم تعدل
بعد برغم تعديل أشباهها بالقوانين الاهلية . هذا وقد جمعت الحكومة المصرية
الوائح والاوامر الخاصة بالاراضى المصرية وأعدتها للمحاكم المختلطة لاسير عليها
سنة ١٨٧٥ كما أثبتنا ذلك ^(٣) وقلنا بأن اللائحة السعيدية الموضوعة سنة ١٨٥٨
والمعدلة سنة ١٨٧٥ قد وردت من ضمن هذه المجموعة . ولذا تعتبر سارية
لأن الافيا ألغى منها

أشار الشارع المختلط الى الاملاك التى يتمتع فيها أصحابها بالملكية السكاملة
أى بحق الرقبة وحق المنفعة وقرر بالمادة ٢٠ ما يأتى : « تسمى ملكاً ^(٤)
العقارات التى يصح ان يكون للناس فيها حق الملك التام » ^(٥) ويريد الشارع
بذلك حتماً الاشارة الى العقارات التى يملكها المصرى والاجنبى بمصر ملكاً تاماً

Maunoury (٢)

Codes (١)

(٣) ومنوه عن هذه المجموعة بكتاب القوانين العقارية بالنسخة الفرنسية الطبعة الثانية ص ٣٤

بند ٩٧ والمجموعة مطبوعة بالاسكندرية سنة ١٨٧٥ مطبعة ا. موديس (A. Mourès)

(٤) Mulks (كلدا) (٥) Droit entier de propriété

مطابقا ويكون قد دفع عنها المقابلة طبقاً لللائحة المقابلة الصادرة سنة ١٨٧١ والتي لم تلغ نهائياً الا بقانون التصفية الصادر سنة ١٨٨٠ لان ذلك الالفاء لا يسرى مفعوله على ما تقدمه من الحقوق المكتسبة . ومهما كان اصل الارض سواء كانت عشرية او خراجية ابعدية او اوسية . اذ بدفع المقابلة تتحرر الاراضى من القيود التى قررها الحاكمون عليها حتى قبل سنة ١٨٧١ وما بعدها بقليل . ويدخل فى ذلك أيضاً الاراضى التى يكون قد بنى فيها اصحابها سواقي او منازل اذ تصبح ملكاً تاماً لهم (المادة ١١ من اللائحة السعيدية سنة ١٨٥٨) وكذلك الابدائيات . والاراضى التى انعم بها محمد على على الاجانب وقرر لها احكام الابدائيات كما رأينا . والاراضى التى تملكها الاجانب طبقاً لقانون يونيو سنة ١٨٦٧ (صفر سنة ١٢٨٣) واخيراً الاطيان الحرة المملوكة للحكومة خاصة والتى تبينها . للأفراد طبقاً لللائحة الخاصة بها المؤرخة ١٤ أكتوبر سنة ١٨٨٠

وعرفت المادة ٢١ مختلط الاطيان الخراجية بما يأتى : « الاراضى الخراجية ^(١) هى التى فى ملك الميرى ^(٢) وأسقط حق منفعتها للناس بالشروط والاحوال المقررة فى اللوائح » . وهذه الاراضى الخراجية هى تلك الاراضى التى رأينا تفصيلها فيما تقدم والتى تحتفظ الحكومة فيها بحق الملكية . وكل ما يملكه الفرد فيها إنما هو حق المنفعة فقط . والرقبة مملوكة للحكومة . ويجوز التوارث فى حق المنفعة طبقاً لما قرره اللائحة السعيدية سنة ١٨٥٨ الا ما تعلق بالوقف فانه أمر معقود بمصادقة الحكومة ان شاءت أجازته أو شاءت رفضته . وأكبر دليل على ذلك ما رأيناه بشأن نزاع ملكية هذه الاراضى للمنفعة العامة اذ لا تلزم الحكومة بدفع تعويض لصاحب المنفعة الا اذا تبين عوزة فتمنحه أرضاً . أو اذا تبين انه أحدث بناءة أو عمل سواقي فان الارض ملكه لا يكره على التخلي عنها الا بتعويض كمالك الارض الذى دفع عنها المقابلة . وعرف الشارع المختلط أراضى الوقف بالمادة ٢٢ فقال « الاموال الموقوفة ^(٣)

هى المرصدة على جهة بر لا تنقطع^(١) ويصح أن تكون منفعتها لاشخاص بشروط معلومة حسب المقرر فى شأن ذلك^(٢) ويظهر لنا أن المادة تشير الى الوقف الخيرى فى عبارتها « جهة بر لا تنقطع » والى الوقف الاهلى فى عبارتها « أن تكون منفعتها لاشخاص بشروط معلومة ». وأما قول المادة « حسب المقرر فى شأن ذلك » وقولها بالنسخة الفرنسية « حسب المقرر بالوائى^(٣) » فربما يشير الشارع اما الى الاصول المقررة بالشريعة الاسلامية فى الوقف أو الى نفس الوقفية (وفى هذه الحالة ما كانت هناك حاجة لذكر عبارة لوائى لان الوقفية ليست لأئمة) واما يشير أخيراً الى القوانين والاوامر الحكومية الخاصة بحق الحكومة فى المصادقة للأفراد الحائزين لعقارات خراجية على وقف الارض أى وقف حق المنفعة المقرر لهم باعتبار أن حق الرقبة انما هو ملك الحكومة خاصة^(٤)

وعرف الشارع المختلط الاموال المباحة بالمادة ٢٣ كما يأتى « الاموال المباحة^(٥) هى التى لا ماله لها ويجوز أن تكون ملكاً لأول واضح يده عليها » وألحقها الشارع بالمادة ٢٤ كما يأتى : « انما لا يجوز وضع اليد على الاراضى المباحة الا باذن الحكومة^(٦) على حسب الشروط المقررة فى اللوائى^(٧) » والذى يجب أن نلاحظه فى هاتين المادتين أن الاموال المباحة فى أولاهما ليست الاموال المباحة فى ثانيتهما : اذ الأولى تتعلق بالاموال المباحة التى تركها الافراد وتخلوها عن ملكيتها^(٨) وهى الاموال التى أشارت اليها المادة ٧٩ مدنى مختلط فى قولها : « الاموال التى ليس لها مالك تعتبر ملكاً لأول واضح يده عليها » أو الاموال

(١) Établissement pieux (٢) Réglements (٣) Réglements

(٤) وعلى كل حال ما كانت الحاجة ماسة سنة ١٨٧٥ الى وضع كلمة اللوائى التى شابهها من القنوض ما رأينا . وربما كان هذا السبب هو الذى جعل المترجم فى النسخة العربية يحار فى ترجمة كلمة Réglements اذا لم يشأ ترجمتها باللوائى بل ترجمها كما رأينا « حسب المقرر فى شأن ذلك » فتأديا مما عساه أن تلاقى كلمة لوائى بالنسخة العربية من القنوض ما يتعدى معه التفسير

(٥) Libres (moubah) (٦) Autorisation du gouvernement

Res derelicta (٨)

Réglements (٧)

المباحة بالمعنى العام^(١) وهى التى لم يمتلكها مالك فى أول الامر اذ تصبح ملكاً لأول من يضع يده عليها كالاسماك فى الأنهار والبحار

أما المادة الثانية ٢٤ فانها تتعلق بالأراضي غير المزروعة المملوكة شرعاً للديرى كما تنص بذلك المادة ٨٠ مدنى مختلط . وهذه الأراضي لا يملكها الافراد الا بالشروط المقررة بلوائح الحكومة . وفى ذلك تقول المادة ٨٠ ما يأتى : « أما الأراضي الغير مزروعة^(٢) المملوكة شرعاً للديرى^(٣) فلا يجوز وضع اليد عليها الا باذن الحكومة ويكون أخذها بصفة أبعادية^(٤) تطبيقاً للوائح المحلية^(٥) — انما من زرع أرضاً من الأراضي المذكورة أو بنى عليها أو غرس فيها غراساً يصير مالكا لتلك الأرض ملكاً تاماً^(٦) لكنه يسقط حقه فيها بعدم استعماله لها^(٧) مدة خمس سنوات فى ظرف الخمس عشرة سنة التالية لأول وضع يده عليها » وهنا نشعر بالرابطة القائمة بين المادة ٢٤ والمادة ٨٠ مختلط لانهما يشيران معاً الى « اذن الحكومة » والى « اللوائح »

هذا وكان من الجائز للحاكم الشرعى كما رأينا أن يوزع بين الناس أراضي غير ممسوحة وغير مزروعة وممفغة من الضريبة وذلك كله فى سبيل صمران البلاد . وقد رأينا أن الجائز للابعادية انما هو مالك لها ملكاً تاماً أى يملك الرقبة والمنفعة معاً بواسطة تقسيط من الرزنامة

ولا يكون التصريح الآن من قبل الحكومة منتجاً من حيث وضع اليد ونقل الملكية الا اذا روعيت الشروط المقررة بالامر العالى المؤرخ ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٤ وهى : (١) تحرير حجة الاعطاء وشروطها — (٢) مصادقة مجلس الوزراء — (٣) تسليم الارض لصاحب الحجة بمعرفة مندوب الحكومة^(٨)

(١) Res nullius (٢) Non cultivées (٣) De plein droit

(٤) Constitution d'une abadie (٥) Règlements locaux

(٦) Plein propriétaire (٧) Non - usage

(٨) م ت ق ، ١٩ ، ١٨٥

بحيث اذا نقص شرط واحد جاز سحب التصريح وبطل مفعوله ^(١) . ولا يملك العربان بمضى المدة الاراضى البور المملوكة للحكومة لان الامر العالى الصادر فى ١٧ محرم سنة ١٢٨٤ (٢١ مايو سنة ١٨٦٧) أجاز لهم زراعتها فقط لتعيشهم على مياه الامطار شتاء وحظر عليهم التصرف رهنًا وييمًا . وهو قانون صحيح قائم للآن ومؤيد بالمادة ٨٠ مدنى مختلط ^(٢)

ونظرًا لنموض المادة ٨٠ هذه وما قام حولها من الخلافات القضائية فاننا نقردها فصلًا خاصًا نستجلى فيه ما دار حولها من هذه الخلافات . ولما كان النص المختلط هو كالنص الأهلى فان ما نقوله هنا يسرى أيضًا فى القانون الأهلى

فى التملك بالاستيلاء والمادة ٨٠

مدنى مختلط و ٥٧ أهلى

٧٣ - رأينا من نص المادة ٨٠ انها مكونة من فقرتين : الفقرة الاولى

- (١) م ر ١ ، ١٧ من ٤١ عدد ٢٧ - ش ٥ من ٣٠٥ عدد ٣٣٠ - م ت ق ، ١٤ ، ٢٠ ، ٩٧ - م ت ق ، ٢٨ ، ٥٦ - ش ٥ من ٣٨٠ عدد ٨٦ - م ت ق ، ١٤ ، ٣٧٠
- (٢) استئناف ٣ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ر ١ ، ٢٠ من ١١١ عدد ٨٧ - وقد أيد هذا الحكم المحكم الابتدائى الصادر من محكمة اسكندرية فى ١٥ يناير سنة ١٩١٨ م ر ١ ، ٢٠ من ١١٢ - ح ، ٣٥ من ٨٦ . ولكن مع ذلك يجب أن نلاحظ بأن الحكم الابتدائى ذكر ضمن أسبابه ما بأتى : « وحيث أنه علاوة على ككون البائمين المدعى لم يحصلوا على حجة رسمية تملكهم الاطيان المبيعة منهم ولم يصدر لهم اذن من الحكومة بنقل تملكها على أسماهم بدفترها ولا باضافتها على أسماهم باستمارات وضع اليد وقت مساحتها ونحو ثمتها على حيفضان وقطع ونحو أسوة بالاراضى المرتبة للزراعة ولم يربط عليها مال للآن . ولان أيضًا الزراع من العربان لبعض أجزائها لم يعملوا فيها أعمالًا تجبل الزراعة مستمرة ولم يفرسوا عليها أشجاراً ولم يبنوا فيها مبانى ثابتة ... » وهذا يشعر بأن المحكمة تبجح امتلاك الاراضى البور فيها اذا توافرت شروط المادة ٥٧ ٨٠ مدنى فى شرطها الاول أو فى شرطها الثانى . مجموعة عياشى ١٧٦ عدد ٧٩٩ - هذا وأما القول بأن الامر العالى الصادر فى ٢٧ مارس سنة ١٨٩٤ قد ألغى الامر العالى السابق الصادر فى ٢١ مايو سنة ١٨٦٧ فهو غير صحيح لان أمر سنة ١٨٩٤ انما يختص بالاراضى المعطاة للعربان ولم تدفع عنها المقابلة . وما ورد بديل الصفحة ١٣٤ من كتاب القوانين المقارنة ص ١٣٤ طبعة ثانية بشأن هذا الالتاء المزعوم لم يكن من وضع المشرع بل هو من عمل جامع القوانين المذكورة : الحكم الاستئنالى المذكور فى ٣ ديسمبر سنة ١٩١٨)

تعلق بالاستيلاء على الاراضى البائرة من طريق وضع اليد^(١) باذن من الحكومة لالكة لها شرعاً . والفقرة الثانية تتعلق بالاستيلاء على هذه الارض بواسطة زرعها و الفرس فيها أو البناء عليها ، ووضع اليد عليها مدة ١٥ سنة على شرط أن تنقطع اليد عن استعمالها مدة خمس سنوات .

أما عن الفقرة الأولى فقد تكلمنا عنها حيث لا يجوز اعطاء الاعاذية هذه لأفراد الا اذا روعيت الشروط المقررة بالأمر العالى الصادر في ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٤

ويبقى هنا التكلم عن الفقرة الثانية

هنا مذهبان قضائيان يؤيد أحدهما الفقه المصرى فيما يتعلق في تفسير هذه لفقرة الثانية . مذهب يقول بأن هذا الاستيلاء لا يكون مملكا بمدة ١٥ سنة مع عدم زوال الاستعمال خمس سنوات ، الا اذا كان مسبوقاً أيضاً باذن من الحكومة ، أى لا بد فيه من الاذن كما في الفقرة الاولى . ومذهب يقول بأن هذا الاستيلاء يملك واضع اليد ملكية الارض بشرط ١٥ سنة والشرط الخاص بالاستعمال مدة خمس سنوات ، وبلا حاجة الى اذن من الحكومة وتأيد كل من الرايين بأحكام قضائية

وانا ازاء هذين المذهبين لا نرى بداً من عرض حجج كل منهما لتتعرف أيهما يجب الأخذ به . وانا تقدر لكل مذهب قولاً نأتى فيه بأدلته بعد أن استقيناها من الاحكام التى أيدتها

١٨ — مذهب القضاء المصري

١ — المذهب الاول

لا بد في وضع اليد الطويل مع شرط عدم الانتفاع خمس سنوات
من شرط اذن الحكومة

٧٤ — يستند هذا المذهب الى ما يأتي :

- ١ — « ان الفقرة الثانية وان لم تنص على الاذن من الحكومة كما نصت عليه الفقرة الاولى الا أنه يجب الاخذ بالاذن مع ذلك . لانه وان كان من صالح الحكومة اصلاح الاطيان الغير صالحة للزراعة ، الا أنه اذا امتلك الاهالى الاطيان بعدم اذن منها تصبح بذلك أطيانها عرضة للضياع ، اذ من يمكنه وضع يده خفية على جزء منها وزرعها ، لا يتأتى للحكومة منعه من اغتصاب ذلك الجزء » ^(١)
- ٢ — « انه لا يعقل أن يكون اذن الحكومة شرطاً في اكتساب حق الانتفاع ^(٢) الذي هو جزء من أجزاء الملكية ولا يكون شرطاً في اكتساب الملكية كلها . لان اللوائح السابقة على القانون المدني والاوامر العالية الصادرة بعده تقيّد أن الملك بالغرس أو البناء أو الزرع يكون لصاحب الاثر ، أى لصاحب حق الانتفاع . والامر العالى الصادر بتاريخ ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٤ يفيد أن امتلاك أرض الحكومة الخارجة من الزمام موقوف على اجراءات مخصوصة أخصها تصديق مجلس النظر » ^(٣)

٣ — ان الفقرة الاولى من المادة ٥٧ تقيّد « أنه بعد تصريح الحكومة

(١) استئناف ٢ يونيو سنة ١٩١٥ م ر ١٧ ، ١٧ ص ٤١ عدد ٢٧

(٢) Prise de possession

(٣) الحكم السابق — حكم محكمة المطارين الجزئية في ١٠ فبراير سنة ١٩١٨ بمجلة الشرائع المجلد من ٣٠٧ . ووارد ذلك ضمن أسباب الحكم وصاحب الحكم هو الدكتور عبد الفتاح السيد بك وكيل كلية الحقوق

نعم اليد فلها الحق أن تسحب هذا التصريح في أى وقت كان ، ولكن الفقرة نية تقيد أنه اذا زرع الشخص أو غرس الخ بعد هذا التصريح فلاحق للحكومة ، تسحب تصريحها أو تقطع مدة وضع اليد المكسبة للملكية . وان من بى زرع لا يفقد ملكيته الا اذا ترك الارض مدة خمس سنين في ظرف الخمس عشرة نة الاولى « (١)

٤ - ان اذن الحكومة خاص باعطاء حق المنفعة في حالة الابعاديات . وهو من كذلك في حالة اعطاء الملكية للأفراد . والاذن لازم لحق المنفعة للملكية معاً (٢)

٥ - ان المادة الاولى من اللائحة السعيدية الصادرة في سنة ١٨٥٨ قررت ان اراضى الخراجية الميرية لايجرى فيها الميراث بعد وفاة شخص من اربابها بل لبيت مال أن يوجهها لمن يشاء . وان الاولى بأن تتوجه الى ورثة المتوفى ذكوراً وأنثا بشرط ان يكونوا مقتدرين على زراعتها واداء خراجها . هذا هو شأن الاراضى الخراجية التى مسحت سنة ١٨١٣ وأما الاراضى البائرة فقد استبعدت من الزمام سميت اباعد وكانت تعطى رزقة بلا مال للذوات والوجوه بقصد اصلاحها ذريعة فناء الثروة العمومية وزيادة دخل الحكومة مما تجنيه من الضرائب . وكان التصرف بنوعاً فيها ومحظوراً على واضعى اليد عليها . انما يجوز فيها التوارث . ولكن صدر أمرال سنة ١٢٥٨هـ باباحة التصرف فيها من بيع وهبة ونحوذلك . وفي سنة ١٢٧١هـ أمر سميء باشا بالزام اربابها بتوريد عشور محصولاتها صنفاً . ولذا أطلق عليها اسم اطياف عشورية . وان المادة ٥٧ مدنى لم تخرج عما قررتها اللائحة السعيدية بالمادة ١١ اذ تقرر بهذه الاخيرة ما يأتى : « ان الأراضى الميرية الخراجية التى بصير فيها غرس أشجار وحفر سواق وانشاء أبنية ، فبطل هذه الاراضى التى تصير

(١) الحكم المذكور لحكمة المطارين (٢) استثناف ٢٢ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ١٨٠١٠٧
ص ٩٥ عدد ٥٤ . ولم يدخل هذا الحكم كالحكم السابق في تمحيص أوجه النظر بل قرر نظريته باعتبار انه مسلم بها . وهذا غير صحيح طبعا

مشغولة بما ذكر يكون للغارس أو الباني الذى هو صاحب الاثر ولورثته من بعده حصول التصرف فيها بسائر التصرفات الشرعية من بيع وهبة وغير ذلك من سائر التملكيات وهذا يكون اجراؤه من ابتداء صدور اللأئحة . . . « أى أن الملكية التامة للاراضى الخراجية لا تكون مكتسبة للأفراد الا للاراضى التى تفرس فيها أشجار أو تحفر سواق وتقام فوقها أبنية . ولم تعتبر الاراضى الخراجية ملكا تاماً نهائياً لاربابها الا فى سنة ١٨٩١ وتأيد ذلك سنة ١٨٩٦ . أما الاراضى البور فهى مملوكة رقة ومنفعة للحكومة الا اذا نزلت عن هذين الركنين للأفراد بشكل أبعادية أى باذن من الحكومة . وما دام أن الفقرة الاولى من المادة ٥٧ اشترطت الاذن فكذلك يجب الاذن أيضاً بالنسبة للفقرة الثانية ، وذلك من طريق الرجوع الى اللوائح والاوامر السابقة على وضع المادة . « وأن الشارع لم يرغب أن تبقى الاراضى البور رغم وضع اليد عليها مملوكة الرقة للحكومة الى ما شاء الله بل أراد أن تقول ملكيتها الى واضعى اليد ، وأن يتحول حق المنفعة الى ملكية تامة » ^(١) بمعنى أن حق الانتفاع لا بد فيه من اذن الحكومة فى الاراضى البور . فاذا استتم وضع اليد بالانتفاع قائماً وشفعه المنتفع بالزراعة والغرس والبناء أصبح المنتفع مالكا حتى الانتفاع والرقة على شرط مضى مدة ١٥ سنة على وضع يده وعلى شرط عدم ترك الارض بلا استعمال مدة خمس سنوات . انما وضع اليد لا بد وأن يكون مسبوقاً باذن من الحكومة فى جميع الاحوال . فاذا توافرت مدة الـ ١٥ سنة والـ ٥ سنوات استحالت المنفعة الى ملكية تامة ^(٢)

(١) حكم المطارين المذكور ص ٣٠٧ ضمن الاسباب

(٢) وقد استشهد حكم المطارين بحكم الاستئناف المختلط الصادر فى ٥ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ت ق ، ١٤ ، ٣٨ . وراجعنا هذا الحكم فلاحظنا أنه لم يبحث فى مسألة الاذن باعتبارها مسألة خلافية . بل كل ما قرره هذا الحكم فى المبدأ الاول من مبادئه « ان الاراضى البائرة لا تمتك بالاستيلاء الا باذن من الحكومة . ولكن تمتك بالاستيلاء اذا ظل وضع اليد قائما مدة ١٥ سنة » « وانه اذا كان صاحب الشأن لم يستطيع اثبات وجود اذن من الحكومة Acte de concession فلا يجوز له إلزام الحكومة أن تقوم هى باثبات هذا الاذن ضد نفسها بينما هى تنكر وجوده » وربما تشير العبارة الثانية من المبدأ الى اذن الحكومة فى حالة الفقرة الثانية . ثم

ب - المذهب الثاني

لا محل لشرط اذن الحكومة في وضع اليد الطويلة

مع شرط عدم الاقطاع خمس سنوات

٧٥ - يستند هذا المذهب الى الادلة الآتية :

١ - ان المادة ٨٠ مختلط تبيح التملك بالاستيلاء اذا توافر شرطان : شرط الخمس عشرة سنة وشرط عدم ترك الاستعمال مدة خمس سنوات^(١)

٢ - ان الفقرة الاولى تقرر ضرورة الحصول على اذن الحكومة لاجل وضع اليد، ثم جاءت الفقرة الثانية وبدأت عبارتها بقولها «انما»^(٢) وهو استدرالك للقاعدة الاولى . أى أن تملك أراضي البور على نوعين : نوع بصفة أعبادية . ولا بد فيه من اذن الحكومة . والملكية هنا تامة . ونوع يحصل بالزراعة والغراس

أشار هذا الحكم الى أنه لا يؤخذ بوضع اليد المقرر بالمادة ٨٠ مختلط المقابلة للمادة ٥٧ الا اذا كانت لدى واضع اليد نية التملك animus possidendi وأن يكون وضع اليد فوق ذلك هادئاً وعلنياً ومستمرّاً وغير مبهم ومشفوع بأعمال مادية ظاهرة وهي الزراعة والغرس والبناء . وأنه يجب في تفسير هذه المادة الرجوع الى أحكام الشريعة الاسلامية التي لا تقرر الملكية لجرد من وضع يده على أرض موات terre morte ، انما تقرر لها أحيائها vivifier بالفعل وأجرى بها أعمالاً تدل على رغبته في التملك بما فيه اشعار ذلك الاصل بما يحف الأرض من الاخطار المحدقة بها والتي يمكن أن تستحيل الى زرعها من يده بعد مضي الزمن . وعلى ذلك لا يملك بالاستيلاء من جاء لأرض بائنة مساحتها ٥٠٠ فدانا ووضع لها حدوداً وحفر بها آباراً وساقية وزرعها بعض أصناف الزراعة في أوقات مختلفة مستعيناً بالمياه المتخلفة عرضاً عن السيل ، وذلك في مدة ١٧ سنة . ويصير موقف الحكومة ازاء واضع اليد موقف التسامح الذي لا يضره التجاوز عن أعمالها بغيرها الغير في أرضه بطريقة منقطعة وبغير الشرائط القانونية الملزمة بوضع اليد (ويلاحظ أن الشارع المختلط أشار بالمادة ٥٠ فقرة ٢ أن الابدية تقرر حق انتفاع وقرر زوالها بعدم استعمالها مدة خمس سنوات

(١) استئناف م ٤ يونيو سنة ١٨٩٦ م ت ق ، ٨ ، ٣١٧ دون أن يذكر الحكم تعليلاً قانونياً سوى قوله بأن المادة ٨٠ المذكورة ترجع في وضعها الى مكان مقرر قبل سنائها وثابتاً بالوائح السابقة على التشريع المختلط — استئناف م ١٣ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ت ق ، ١٣ ص ٥٢ ولم يبحث هذا الحكم فيما اذا كان اذن الحكومة أمراً مختلفاً فيه . بل جرى على الاخذ بالتملك بالاستيلاء عند توافر شرط مدة ال ١٥ سنة ومدة ال ٥ سنوات

Toutefois (٢)

والبناء . ولا تتم هذه الملكية الأخيرة الا بتوافر شرط ١٥١ سنة والـ سنوات . أى أن الملكية قبل فوات المدة ملكية قابلة للفسخ ^(١)

٣ - « انه من التعسف أن يقال أن الشارع قصد بعبارة » انما كل من زرع « الخ من زرع أو غرس أو بنى عن أذن من الحكومة بوضع يدهم وأخذوا بصفة أعبادية ، إذ أن التعبير عن هذا القصد بالصورة التي جاء عليها تعبير ريك يجب أن تتزهد عنه النصوص القانونية . ثم انه لا معنى لتقرير شرط به تصير الارض المأخوذة بصفة أعبادية ملكا تاما الا اذا كان حق أصحاب الابعاد حقا آخر غير الملك التام . على أن اللوائح الخصوصية السابقة على القانون المدنى والتي تشير اليها النص قاضية بأن الابعاد ملك تام لاصحابها » أنظر كتاب القوانين المقاربية فى الديار المصرية طبعة ثانية صحيفة ٨ « ^(٢) والارض البور هى الارض الموات التى يرغب الشارع فى احيائها لانماء الثروة العمومية وزيادة الاموال الاميرية ^(٣)

٤ - « ان الفكرة الاساسية التى بنيت عليها هذه الاحكام (أى الاحكام المؤيدة للمذهب الاول) انه لا يعقل أن يكون اذن الحكومة شرطا فى اكتساب حق الانتفاع الذى هو جزء من أجزاء الملكية ولا يكون شرطا فى اكتساب الملكية كلها » . على « أن المقصود من الفقرة الاولى للمادة ٥٧ التى نصت على أنه لا يجوز وضع اليد على الاراضى الاميرية الا باذن الحكومة ، هو تقرير حق هذه الأخيرة فقط على الاراضى المذكورة واخراجها من حكم الاموال المباعة التى نص عنها الشارع فى المادة السابقة للمادة ٥٧ . وقد رأى الشارع فى الوقت الذى قرر فيه هذا الحق والطريق العادى لامتلاك أملاك الحكومة الحرة أن يخول للاهالى حق امتلاك هذه الاراضى بمجرد زرعها أو غرسها أو البناء فيها بقميد واحد وهو الاستعمال مدة خمس عشرة سنة متوالية وغير منقطعة مدة خمس سنوات ، وهذا

(١) محكمة أسوان الجزئية فى ٢٩ ديسمبر ١٩٠٩ م ر ١١٠١ ص ١٥٢ عدد ٥٤

(٢) حكم أسوان المذكور (٣) الحكم المذكور

صد عمار البلاد وزيادة مساحة الاراضى التى تدفع الضريبة «^(١) . وان اعترض على ذلك بأنه لم يكن هناك خاع لتقرير حق الحكومة ما دام ان مجرد الزرع الغرض أو البناء يزيل ملكيتها ، ولكن هذا الاعتراض مدفوع بان هذه الملكية معلقة على شرط فاسخ وهو عدم الاستعمال مدة خمس سنوات فى بحر الخمس عشرة سنة الاولى «^(٢)

٥ - ان الابعاديات المملوكة للأفراد من الحكومة تصبح ملكا تاما لهم . هذا على خلاف الاطيان الخراجية التى كانت مملوكة المنفعة فقط للأفراد ، مملوكة الرقبة للحكومة «^(٣)

(١) حكم محكمة طنطا الابتدائية فى ٨ يناير سنة ١٩١٨ م ١٩ ، ١٩ من ٨١ - ٨٢
٥٦ د (٢) حكم طنطا المذكور من ٨٢
(٣) (تقرير بطرس باشا غالى المقدم لقومسيون تعديل الضرائب والمنوء عنه بكتاب التوانين مقارية فى الديار المصرية للسير النون غورست طبعة سنة ١٨٩٣ صفحة ٨) اذ ورد به ما أتى لنص ثبته هنا لاهميته : « فى سنة ١٢٢٨ هجرية سنة ١٨١٣ ميلادية علمت مساحة عمومية عن الاراضى وصار تقسيمها على درجات . والاطيان المزروعة أو التى كانت قابلة للزراعة لىكل لد ربطت زمانا لها وتكلفت على مزارعيها وتقررت عليها الاوال باعتبار درجاتها . أما الاراضى لبور الغير صالح فصار تنزيلها من الزمام وسميت بأبعاد . ولما كان بمقتضى الشريعة الاسلامية يسوغ رلى الامر تمليك رقبة الاطيان المذكورة لمن يشاء بل يجوز له حبا فى مصلحة القطر وازدياد ثروته . ثروة أهاليه تمليك رقبة الاراضى العمورة ورفع الخراج عنها . وقد كان اعطاء الرزق مبنيا على ذلك ، فالرحوم محمد على باشا ، بناء على نص الشريعة وبقصد اصلاح الاراضى والمستبعديات وازدياد روة القطر ، قد أعطى منها جملة أطيان للدوات والوجوه الذين تسع لهم حالة ميسرتهم باصلاح لاطيان المذكورة . لاويل أعطى جملة منها لبعض أشخاص وقبلوها جيرا عنهم . وبخلاف المستبعديات فكانت تعطى الحكومة أطياناً من المهور الخراجى . وكانت الاطيان التى تنم بها سواء كانت من المستبعديات أو من المهور كانت تبقى ملكا للمنعم عليهم بها رزقة بلا مال على شرط عدم التصرف لا بيع ولا خلافة . انما يجوز التوارث فيها . وبهذه الوسطة كانت تلك الاطيان تستمر وفقاً على المنعم عليه وعلى ورثته فقط بدون جواز انتقالها لآخر . وكانت تعطى بها تقاسيط من الروزنامة موضعاً بها هذا القيد . وفى سنة ١٢٥٨ هـ - سنة ١٨٣٢ م لما رأى المرحوم محمد على باشا انه نظراً لىكون الاعطاء المقيسد بالشرط اللىادى ذكره غير موافق للشريعة الاسلامية ويترتب عليه عدم الوصول للغاية المقصودة وهى اصلاح الاطيان لو طرأ على أربابها اعصار أو عدم مقدرة على زراعتها قد أصدر أمراً فى ٥ محرم صرح فيه لارباب الاطيان المذكورة بالتصرف فيها بكافة أنواع التصرفات الشرعية . من بيع وهبة ونحو ذلك . وتنبه على الروزنامة بإبطال شرط عدم التصرف فيها من التقاسيط واعطاء تقاسيط خلافاً مندرجا بها للتصريح . والامر المشار اليه هو الاساس المتبع لآن فى تحرير التقاسيط بالروزنامة « اه

وبناء على ما تقرر من الملكية التامة لأصحاب الأبعاد فقد نصت اللائحة السميديّة الصادرة سنة ١٨٥٨ على جواز التصرف فيها بكامل التصرفات الشرعية الجائزة للمالك على ملكه من بيع وهبة وإيقاف وغير ذلك^(١). وعلى ذلك تكون عبارة وضع اليد^(٢) « الواردة بالفقرة الأولى منصرفاً الى التملك تملكاً تاماً ولا تنصرف الى مجرد تقرير حق انتفاع كما قررت ذلك أحكام المذهب الاول

٦ — وان قيل من طريق الفرض الجدلى بأن الفقرة الأولى تشير الى حق الانتفاع وأنه بناء على ذلك لا يعقل اشتراط الاذن في الانتفاع وعدم اشتراط الاذن في الملكية التامة ، فانه قول لا يقوم له وزن أمام القيود التي قررها الشارع بالفقرة الثانية من ضرورة عدم ترك الثارع أو الغارس أو الباني ، الارض مدة خمس سنوات في ظرف الخمس عشرة سنة الأولى من وضع اليد ، اذ « قيد الشارع الملكية بشروط وحددها بمحدود ، وفرض من هذه الشروط ما رأى فيه احياء الارض واستثمارها وضمان القيام على اصلاحها »^(٣)

٧ — وان ثبت الآن انه لا محل للفرقة بين أراضى الأبعاد وأراضى الملك بناء على هذه المصادر التاريخية المتقدمة ، فان فقهاء الشريعة الاسلامية أيضاً لم يؤيدوا هذه الفرقة الموهومة . وذلك أنه ورد بالمادة ١٤٧ من مرشد الخيران « الاراضى الموات أى المباحة التي لا ينتفع بها وليست في ملك أحد تكون ملكاً لمن وضع يده عليها وأحيائها باذن ولي الاموالح . . . » ويستفاد من كتاب الخراج تأليف أبي يوسف أن العلماء قد اصطالحوا على تسمية ما يعطيه الامام من الارض الموات والأرض التي ليس لأحد عليها حق ولم تكن في يد أحد بالاسم الثاني وهو الاقطاعات » وقد جاء في الكتاب المذكور بالصفحة ٣٤ ما يأتي : « وكل من أقطعه الولاية المهديون أرضاً من أراضى السواد وأرض العرب والجبال من الاصناف

(١) كتاب الملكية العقارية ليعقوب باشا ارتين (٢) Prise de possession

(٣) حكم محكمة أسبوط الابتدائية في ١٢ يونيو سنة ١٩١٨ م ر ١ ، ١٩ من ١٧٢ العالمود

بني ذكرنا ان الامام يقطع منها فلا يحل لمن يأتي بعدهم من الخلفاء أن يرد ذلك لا يخرج من يد من هو في يده وارثاً أو مشترياً» (١)

٨ — وان كان الامر الصادر في ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٤ قد قسم الاراضي البائرة وبين كيفية اعطائها وفرض في المادة السابقة منه على من يرغب استغلال أرض خالية غير مزروعة أن يقدم طلباً بالكتابة الى رئاسة مجلس النظار مبيناً فيه المقدار الذي يرغب زرعه الى آخر ما جاء بالمادة ، وبذلك يصح حينئذ الاستدلال بهذا الامر على من ينازع في ملكية الحكومة للاراضي البائرة وينازع في حقها في توزيعها ، فان هذا الامر العالي ليس مع ذلك بحجة على من يسلم بملكية الحكومة لتلك الأراضي وبما لها من الحق في توزيعها . ويقرر في الوقت نفسه امكان وضع اليد على هذه الأراضي بدون اذن الحكومة مع القيود الواردة بالفقرة ٢ مادة ٥٧ (٢)

٩ — ان الشريعة الاسلامية قد جعلت أيضاً للائمة حق اقطاع الاراضي الموات وجعلت أمر الاقطاع موكولاً لم يتصرفون فيه بما يرونه خيراً للمسلمين ولكن ذلك لم يمنع بعضاً من الخلفاء والائمة من تقرير قاعدة « ان من أحيا أرضاً مواتاً فهي له » وان كان أبو حنيفة قد ذهب الى أن من أحيا أرضاً مواتاً فهي له اذا أجازها الامام ومن أحيا أرضاً مواتاً بغير اذن الامام فليست له وللإمام أن يخرجها من يده ويصنع فيها ما يرى من الاجازة والاقطاع وغير ذلك ، الا أن أبا يوسف قد خالفه في ذلك وقال : « أما أنا فأرى اذا لم يكن فيه ضرر على أحد ولا لأحد فيه خصومة ان اذن رسول الله صلى الله عليه وسلم جائز الى يوم القيامة » ويريد بهذا الاذن الحديث الشريف القائل « من أحيا أرضاً مواتاً فهي له » أي بلا شرط استئذان (٣)

(١) حكم أسبوط المذكور من ١٧٣ المامود الثاني

(٢) حكم أسبوط المذكور من ١٧٤ المامود الاول

(٣) كتاب الخراج لابن يوسف من ٣٦ و ٣٧ — حكم أسبوط المذكور من ١٧٤

المامود الاول

١٠ — أنه لاخطر على الحكومة ولا خوف على أملاكها اذا لم يؤخذ بشرط الاذن فى حالة الفقرة الثانية للمادة ٥٧ . لان الغرض الذى يرمى اليه الشارع بشأن الاراضى البائرة انما هو العمل على انماء الثروة العمومية كما يقول بذلك الامر العالى الصادر فى ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٤ . وأن لاجل للاذن الا اذا كانت الحكومة تتحقق أولا من قدرة الطالب على القيام باصلاح الأرض . واما وقد وجد شخص قائم بالفعل على أرض موات بالزرع أو البناء أو الغرس واستمر على هذه الحال زمنا فقد تحقق وقتئذ الغرض الذى قصده الشارع . وعلى ذلك يكون من الظلم البين نزع الارض من يد الحائز لها بعد أن صرف عليها ما صرف . وهذا ما أراد الشارع تلفيه بالفقرة ٣ من المادة ٥٧ (١)

§ ٢ — مذهب الفقه المصرى

٧٦ — رأى فتحى زغلول باشا : يقرر فتحى باشا زغلول ما يأتى : « ولا يجوز لاحد أن يضع يده على أرض زراعية الا بصفة ابداعية ، أعنى أنه يأخذها من الحكومة لاجل زراعتها ودفع أمواها — ويستثنى من ذلك : الارض التى زرعت بالفعل أو بنى عليها أو غرس فيها غرس أى أشجار فانها تصير ملكا لمن زرعها أو بناها أو غرسها — ولكن ملكة لا يثبت الا بعد خمس عشرة سنة . لأنه اذا تركها خمس سنين بدون استعمال فى اثناء الخمس عشرة سنة المذكورة سقط حقه » اهـ (٢) وهو قول يدل على أن فائله يريد عدم تقييد واضع اليد البائى أو الغارس أو الزارع بقيود الاذن من الحكومة : أى يؤيد الفريق الثانى . ولكن عقب فتحى باشا زغلول عبارته المتقدمة بما يأتى : « ونحسب مدة الخمس عشرة سنة من تاريخ الاستيلاء أعنى الزراعة أو البناء أو الغرس . ومعلوم أن ذلك أصبح قريبا من المستحيل لان الناس لا يترك بعضهم بعضا احرارا فى اجراء شئ بما

(١) حكم أسبوط المذكور من ١٧٤ المامود الثانى

(٢) شرح القانون المدنى من ٦٩

ذكر^(١) ثم ختم قوله السابق مباشرة بما يأتي : « والحكومة لا تعترف بهذا الفعل وصارت العادة هي اعتبار مثل هذه الأعمال تمديدا على ملك الغير رأى الميرى فلا الناس يقدمون عليها ولا الحكومة ترضى بها ولا القضاء يساعد على مخالفة ما اصطلاح عليه » اهـ^(٢) وهو قول محل نظر

٧٧ - رأى دى هلسي : أما دى هلس فانه يقول بان الأراضى المنوه عنها بالمادة ٥٧ أهلى و ٧٩ مختلط بملوكة للحكومة وهي الأراضى البائرة^(٣) الموجودة بالخلا^(٤) والأراضى غير المستعملة^(٥) والمبهمة^(٦) الموجودة بالمدن والقرى^(٧) وقرر الشارع ضرورة الحصول على اذن من الحكومة لأجل الاستيلاء^(٨) على هذه الاراضى الخلوية^(٩) . والاذن ضرورى لأف هذه الأراضى لا يمكن أن تعتبر ملكا لأول من يضع يده عليها ويمجرد وضع اليد^(١٠) ولكن استدرك الشارع هذا الاطلاق المقرر بالفقرة الاولى من المادة ٥٧ وقيده بالفقرة الثانية وقرر لتملك هذه الاراضى طريقة أخرى^(١١) ليست هي طريقة الاستيلاء^(١٢) السابقة ولكنها شبيهة لها . وذلك أنه رأى أن مجرد الاستيلاء على أمثال هذه الاراضى بقصد تملكها ليس كافياً وحده ليكون اساساً للتملك . بل قرر ضرورة وجود أعمال خارجية للغرس والبناء لتدخل على وجود الاستيلاء بالفعل والواقع^(١٣) وعلى ذلك يصبح المستولى على الارض البائرة مالكا ملكا تاما لها دون الحاجة الى اذن الحكومة فيما اذا زرعها أو بنى فيها أو غرس بها^(١٤)

(١) ص ٦٨ (٢) ص ٧٠ (٣) Incultes (٤) Campagnes

(٥) Inutlisées (٦) Vagues (٧) ج ١ ص ١٧٣ ن ٢٣

(٨) Occupation (٩) Biens ruraux (١٠) ج ١ ص ١٧٣ ن ٢٤

(١١) Mode d'acquisition (١٢) Occupation (١٣) ن ٢٥

(١٤) ويرى القضاء « أن مثل الحكومة مثل أى شخص فيما تدعيه . فإذا ادعت أرضاً موضوعاً عليها اليد من الغير هي ملك لها فليها أن تثبت ملكيتها لهذه الارض وليس لها أن تسأل المدعى عليه عن مستندات ملكيته بما أنه واضح اليد عليها . أما ما ذهب اليه الأئمة من أن الديار المصرية إنما فتحها الاسلام بالسيف ، وكل بلاد تفتح بحمد السيف تكون أرضاً خراجية أى ملكا للحكومة فهذا لا يكون في الارض العامة بل في الارض الموات الغير ، ووضع اليد عليها من أحد : استثناف ١٦ ديسمبر سنة ٩١٣ ش ، ١ ص ٢٨٣ عدد ٤٤٣ . ويريد الحسك أن يقول بأن الحكومة اذا ادعت بان أرضاً بائرة وانه لذلك تملكها وجب عليها اثبات البوار

هذه هي آراء الفقه المصري . ومن هذه الآراء وآراء القضاء المصري يتبين لنا أن الرأي الثاني القائل بعدم ضرورة الحصول على إذن الحكومة هو الأكثر موافقة للقوانين المعروفة قبل سن القانون المدني المصري الحاضر ولاحكام فقهاء الشريعة الاسلامية ، وللغرض الذي ينشده الشارع من زيادة العمران بالبلاد من طريق زرع الاراضى البائرة واستغلالها لما فيه من طريق آخر تحصيل ضرائب جديدة ، وللمدالة أيضاً . ولذا تؤيد هذا الرأي ونأخذ بالحجج والأدلة التى أدلت بها الاحكام المتقدمة

§ ٣ - في الاحكام القانونية للاستيلاء

٧٨ - قلنا مع دى هلس^(١) أن الشارع المصرى رأى أن مجرد الاستيلاء على الاراضى البور ، وهى الاراضى غير المزروعة ، بقصد تملكها ليس كافياً وحده ليكون أساساً للتملك . بل رأى فوق ذلك أن يقرر ضرورة وجود أعمال خارجية للغرس والبناء لتدل على وجود الاستيلاء بالفعل الواقع ويترتب على ذلك أنه يصبح المستولى على الارض البائرة مالكا ملكا نهائياً لها دون الحاجة الى اذن الحكومة فيما اذا زرعها أو بنى فيها (ويلاحظ هنا أننا نأخذ بالرأى الثانى دون الاول) وواضع اليد لا يتمكن حتماً من الادعاء بالملكية التامة والقول بها الا اذا تمكن أولاً من الزراعة والغرس والبناء . وهو لا يتمكن من ذلك الا اذا تركته الحكومة ليقوم بالزراعة والغرس والبناء . ولكن طالما أنه لم يبن ولم يزرع ولم يغرس فللحكومة الحق فى التعرض له ومنعه من البناء والغرس والزراعة مادام أن يده لم تزل قائمة بصفة مجرد استيلاء بسيط^(٢) لم يتأيد بأعمال خارجية^(٣) ولكن بمجرد أن قام واصلع اليد بأحد هذه الاعمال فان الملكية تزول عن الحكومة فى الحال . ولا تملك حق التدخل والتعرض له بمد

البناء أو الفرس أو الزراعة . لان حالة يد الحائز للارض لا تعتبر حالة من يبدا التملك بمضى المدة . وأنه لا تتم الملكية لديه الا بعد ١٥ سنة . انما يعتبر الباني ^(١) مالكا ملكا تاما ^(٢) ومن مصلحة الحكومة أن تتسع الاراضى الزراعية وبذا تحصل على أموال وضرائب من أراض ما كانت لتستفيد منها من قبل . ومن وقت الزراعة أو الفرس أو البناء يجوز لواضع اليد أن يستفيد من ملكيته الجديدة هذه كما يستفيد من ملكه الخاص به . بمعنى أنه يجوز له تأجير الارض وهبتها ورهنها رهنا رسميا ويبيعها دون أن يكون للحكومة أى حق ما في التدخل ضده ولكن يجب أن يلاحظ بأن هذه التصرفات تعتبر معلقة على شرط فاسخ ^(٣) وهذا الشرط يعيب ملكيته بحيث اذا لم يتم توافر الشرطين المنوه عنهما بالفقرة الثانية زالت ملكيته وزالت التصرفات التى أجراها . ذلك لانه وان كانت هذه الملكية تعتبر كاملة بالنسبة لواضع اليد الا أنه يجوز أن تعود للحكومة بالنسبة لقطعة الارض المزروعة أو المفروسة (لا بالنسبة للارض المبنية) اذا كان واضع اليد قد ظل مدة خمس سنوات متوالية ^(٤) لا يستعمل الارض فى ظرف مدة الخمس عشرة سنة الاولى ^(٥) فاذا وقع من قبل المالك مجرد عمل قاطع لوضع اليد ^(٦) فلا يجوز اعتبار هذا العمل حائلا يحول دون تملك الارض . ذلك لان حالة وضع اليد هذه لا تعتبر هنا تقادما ^(٧) بل لا بد من مدة خمس سنوات لسقوط الملكية ^(٨) أى أن الملكية هنا تعتبر أنها قد اكتسبت ولا تعتبر أنها فى الطريق الموصل لاكتسابها ^(٩) وبمعد مرور الخمس عشرة سنة لا تزول الملكية عنه اذا ترك الارض ، الا اذا ترتب للغير حق عليها فيما اذا تملكها بالتقادم . هذا ويلاحظ بأن قطعة الارض المشغولة بالبناء لا تخضع طبقاً للنصوص القانونية الى الشرط الفاسخ وهو ذلك الشرط الذى يقيد تملك قطعة الارض المشغولة بالزراعة أو الفرس

(١) Constructeur (٢) Plein propriétaire (٣) ن ٨

(٤) Consécutives (٥) دى هلس ج ١ ص ١٧٤ — ١٧٥ ن ٢٩

(٦) Acte interruptif (٧) Prescriptino (٨) Perd كما يقول بذلك النص

(٩) دى هلس ج ٢ ص ١٧٥ ن ٢٩

فقط^(١) . وإذا تحقق الشرط الفاسخ وفسخ حق الملكية اضراً بواضع اليد فما هي طريقة معاملته بشأن المباني والمفروسات التي أجراها بالأرض ؟ من البديهي أنه لا يمكن اعتباره بانياً بسوء نية . ذلك لأنه لم يضع يده على الأرض الا بناء على إباحة الشارع له بذلك ولم يصبح مالكا الا لان الشارع أجاز له هذا التملك فاصبح بذلك مالكا . وعلى ذلك ليس من العدل اعتباره كمن بنى بسوء نية بل يجب اعتباره كمن بنى بحسن نية^(٢)

§ ٤ - في المظاهر العملية لشرطى الـ ١٥ سنة

والـ ٥ سنوات

٧٩ - رأينا أنه لا بد من توافر شرطى وضع اليد ١٥ سنة وعدم الانقطاع عن استعمال الأرض مدة خمس سنوات حتى يصبح الاستيلاء قانوناً وحتى تصبح أحكامه القانونية . ومع ما لاحظنا في أنه لم يسبق أن طرح أمام القضاء شيء من المظاهر العملية في توافر الشرطين حقاً فأننا لم نبدأ مع ذلك الى ضرورة الامام بهذه المظاهر ومعرفة ما يترتب عليها من الاحكام القانونية

الشرط الاول : يجب أن يكون قد مضى على واضع اليد مدة ١٥ سنة . والمفهوم أن هذه المدة تبتدئ من وقت الانتفاع بالأرض زراعة أو غرساً أو بناء والغرض من الانتفاع استغلال الأرض بما يدل على نية التملك . وأما مجرد وضع اليد البسيط^(٣) دون أن يؤيد بأعمال مادية خارجية ، فانه لا يعبأ به ولا يجوز احتساب المدة هذه في حساب مدة الـ ١٥ سنة . لأن الحكومة تملك نزع الأرض قبل حصول هذه الاعمال المادية ولا تملك نزعها بعد حصولها . اذ بحصولها تثبت الملكية المعلقة على شرط فاسخ لواضع اليد . وعلى ذلك لا تملك الأرض البور بمجرد الاستيلاء البسيط مهما طال الاجل . لان الاستيلاء المملك لا يكون

الا بواحد من اثنين : اما باذن الحكومة واما بالاستغلال بالزرع والبناءوالفرس ودوام الانتفاع ١٥ سنة مع عدم زواله مدة ٥ سنوات

الشرط الثانى : يقول القانون « لكنه يسقط حقه فيها بعد استعمالها مدة خمس سنوات فى ظرف الخمس عشرة سنة التالية لاول وضع يده عليها » أى أنه يجب على واضع اليد أن لا يترك الارض مدة خمس سنوات . ويشترط فى هذه المدة أن تكون متوالية . وأما مجرد الترك البسيط المتقدم فلا يؤثر على الملكية . والغرض من ذلك اشعار واضع اليد بضرورة الاستمرار على اصلاح الارض . بحيث اذا تبين بأنه فى ظرف مدة الـ ١٥ سنة زالت يده من الارض زوالا مستمرا مدة خمس سنوات متوالية سقط حقه فى الملكية وانهارت مع هذا السقوط جميع التصرفات التى تكون قد صدرت منه أثناء المدة

ولكن كيف يمكن ربط الـ ٥ سنوات بالـ ١٥ سنة ؟ أى كيف يمكن القول بمدة ١٥ سنة ، فى الوقت الذى يقول فيه الشارع بأن عدم الاستعمال مدة خمس سنوات يسقط حق الملكية ؟ فإذا فرض ووضع الحائز يده ١٠ سنوات وبدأ المدة بالزراعة أو الفرس أو البناء ثم انقطعت يده عن الارض بعد تمام الـ ١٠ السنوات فلا يعتبر مالكا لسببين : لانه أولا لم يضع يده ١٥ سنة . وثانيا لان يده انقطعت عن الارض ٥ سنوات بلا استعمال

واذا فرض أنه وضع يده مستقلا مدة ١٠ سنوات وشهر ثم ولى الحال سبيله فهل يملك ؟ لا يملك أيضا لانه لم تمض على يده ١٥ سنة كاملة فإذا مضت مدة الـ ١٥ سنة وكانت الارض فى نهاية المدة تحت يده اعتبر مالكا . لانه وضع يده ١٥ سنة ولم تنقطع يده فى هذه المدة الاخمس سنوات ما عدا شهرا . أى أن مدة الـ ٥ سنوات الخاصة بعدم الاستعمال لم تتم . لذا هو يملك

واذا فرض أنه وضع يده مستقلا مدة ١٠ سنوات وشهر فهل يملك ؟ نرى أنه لابد من تمييز حالتين :

اما أن يده كانت موجودة بالارض فى نهاية مدة الـ ١٥ سنة . وفى هذه الحالة

يعتبر مالكا لتوافر شرط وضع اليد ، و شرط الـ ١٥ سنة ، و شرط عدم الاستعمال المتوالى ٥ سنوات

واما أن يده لم تكن قائمة على الارض في نهاية مدة الـ ١٥ سنة . وفي هذه الحالة لا يملك . ولماذا ؟ لانه لم يضع يده ١٥ سنة كاملة . اذ في نهاية الـ ١٥ سنة كانت يده خارجة عن الارض وكان خروجها حاصلًا من بعد وضع يده ١٠ سنوات وشهر

وفي هذه الحالة الاخيرة ، ومع التقرير بسقوط ملكيته ، تعود الملكية للحكومة أى أنه لا يجوز له بعد ذلك استرداد هذه الملكية اليه من الحكومة . ولكن ما القول فيما اذا جاءت يد أخرى بعد خروج يد الاول عن الارض وظهرت على الارض ؟ فهل يجوز للحائز الثانى أن يملك الارض بالشروط نفسها أى بعد مضى ١٥ سنة وضع يد جديد مع شرط عدم زوال الاستعمال مدة ٥ سنوات ، باعتبار أن الارض بور في أصلها ، أم أن يد الحائز الثانى هذا تعتبر هذه المرة يد الحائز في طريق التقادم ، باعتبار أن الارض أصبحت بعد الفرس والزراعة والبناء أرضا غير بائرة ؟ وان قيل بالتقادم فهل يستفيد الحائز الثانى من مدد الحائز الاول ؟ الذى نقول به أن الارض لا تعتبر هذه المرة بوراً ، وحينئذ يجوز تملكها بالتقادم العادى ، ولا يجوز الضم في المدد طبقا لاحكام التقادم . لان الارض أصبحت بعد المدة الاولى أرضا زراعية مملوكة للحكومة ملكا حراً وعلى ذلك لا تسرى عليها أحكام المادة ٥٧ فقرة ثانية . أى انه يجوز لها التعرض للحائز الثانى ونزع الارض من يده . لان يده ليست بدأ شرعية بل هى يد خاصة

٥) الملكية المصرية

والتشريع الاهلى

١ - فى تشابه التشريعين الاهلى والمختلط

٨٠ - ظل القضاء المختلط يعمل من بداية سنة ١٨٧٦ حتى جاء الشارع

الاهلى سنة ١٨٨٣ ووضع القوانين الاهلية القاضى «موريونديو»^(١) فأخذ القانون المختلط ونقله نقلا بعد ادخال تعديلات خفيفة رجع فيها الى اعتبارات حماية أظهرها القانون المختلط والى اعتبارات أهلية خاصة بالمصريين أنفسهم .
ولقد وضع الشارع الاهلى المادة ٥٧ مدنى كالمادة ٨٠ مختلط تماما بعد أن حذف منها كلمة « المحلية » بعد كلمة اللوائح . ولا عبرة بهذا الحذف لان اللوائح المطلوب تطبيقها هى بطبيعة الحال اللوائح المحلية المصرية لا اللوائح الاجنبية لان الملكية العقارية فى كل بلد خاضعة لقانون هذا البلد باعتبار أن ذلك ماس بالنظام العام وأخذاً بالقاعدة المعروفة فى القانون الدولى

ولما كانت المادة ٥٧ أهلى كالمادة ٨٠ مختلط فالاحكام القانونية فيها واحدة لان الاسباب التشريعية لها واحدة . ولذا اتفق القضاء ان المختلط أولاً والاهلى ثانياً فى تقرير أحكام وأصول هاتين المادتين . ولا نرى محلا الى اعادة القول هنا فيما قررهنا بشأن التشريع المختلط ما دام أن الأصل والتفسير واحد . وكذلك الحال فى المواد الأخرى التى تعلقت بالمواد المختلطة . وهذه المواد الاهلية هى ٧ و ٨ و ٥٦ مدنى وعلى ذلك ما دام أن التشريع واحد فى أراضى البور والوقف فكذلك التفسير واحد أيضاً . ونقصر القول هنا على ما اختصت به الشرائع المصرية الاهلية دون المختلطة

٢ - فى الاطيان المملوكة

٨١ - رأينا ما قرره الشارع المختلط بالمادة ٢٩ بشأن الاراضى المملوكة وبالمادة ٢١ بشأن الاراضى الخراجية . فلما جاء الشارع الاهلى سنة ١٨٨٣ وضع المادة ٦ منه مدنى . بالكيفية الآتية : « تسمى ملكاً^(٢) العقارات التى يكون للناس فيها حق الملك التام^(٣) - وتعتبر فى حكم الملك الاطيان الخراجية التى

(١) Moriondo (٢) Biens mullk (كذلك يحرف u تقليداً للشارع المختلط فى

مادته ٢٠ كما رأينا) (٣) Droit entier de propriété

دفعت عنها المقابلة اتباعاً للمنصوص بلائحة المقابلة وبالأمر العالى الصادر بتاريخ ٦ يناير سنة ١٨٨٠ «

ومن مقارنة هذه المادة ٦ مدنى أهلى بالمادتين ٢٠ و ٢١ مختلط نرى ما يأتى:
(١) ان الشارع الاهلى اتفق مع الشارع المختلط فى تعريف الارض المملوكة ملكاً تاماً . وهى الاراضى التى عدناها عند ما تكلمنا على التشريع المختلط أى الاراضى التى يملك فيها أصحابها حق الملكية المطلق أى حق الرقبة وحق الانتفاع وانه ليس للحكومة أى حق عليها سوى المطالبة بالضرائب وهى حق عام للحكومة يتمشى على جميع الاراضى مهما كان مالكوها ومهما تنوعت حقوقهم على الارض (٢) ان الشارع الاهلى لم يعرف الاراضى الخراجية كما عرفتها المادة ٢١ مختلط ، وعدم التعرض للتعريف ليس معناه زوال الاراضى الخراجية من عالم الاراضى المصرية . بل يدل على وجودها ماقررتة الفقرة الثانية من المادة الاهلية بشأن الاراضى الخراجية التى دفع أصحابها المقابلة . انما كان يجدر بالشارع الاهلى أن يعرف هو الآخر الاراضى الخراجية ولو أن مقاديرها قد قلت كثيراً كما قرر ذلك يعقوب باشا أرتين فى كتابه وكما رأينا فى مكانه

(٣) قررت المادة ٦ المذكورة بأن الاراضى الخراجية تصبح فى عداد العقارات المملوكة ملكاً نهائياً مطلقاً للأفراد اذا دفعت عنها المقابلة . ولم يرد لهذه الفقرة نظير بالقانون المختلط الموضوع سنة ١٨٧٥ . وكان يتحتم على الاستاذ « مونورى » ^(١) ان يضع مثل هذا النص الاهلى بالمادة ٢١ مختلط لان قانون المقابلة صدر سنة ١٨٧١ . نعم ولو ان الخديوى اسماعيل أبطله سنة ١٨٧٥ ثم أعاده فى السنة نفسها ثم أبطله سنة ١٨٧٨ ثم تأيد الابطال بقانون التصفية الصادر فى يوليو سنة ١٨٨٠ أى فى السنة نفسها ، فان ذلك لا يحول دون « مونورى » فى وضع نص يقضى بالملكية النهائية للاراضى الخراجية ، لان قانون المقابلة كما ذكرنا عقد مشاركة بين الخديوى وبين الاهالى وان من قام بأحكامه اصبح له

حقاً مكتسباً . ولذا كانت هناك اطيان مملوكة ملكاً نهائياً بمقتضى قانون المقابلة سنة ١٨٧٥ اى سنة وضع القوانين المختلطة . على انه مع عدم ورود النص عن هذه الاطيان فان ذلك لا يؤثر بشئ ما على ما تقرر لها قانوناً بحكم قانون المقابلة . ولقد فعل القاضى «موريوندو» خيراً فى وضع هذه الفقرة الثانية بالمادة ٦ اهل كما رأينا

٣ - الاطيان والمقابلة

٨٢ - كان من شأن قانون المقابلة الصادر سنة ١٨٧١ أن جعل فروقاً بين الاطيان الموضوعة تحت أيدي الاهالى . اذ كل من اتبع شروط هذا القانون ودفع المقابلة وهى أموال الاطيان لمدة ست سنوات مقدماً أو على أقساط فانه يتمتع بالحقوق الآتية : (١) يصح التوارث فى الاطيان والهبة والوصية والايقاف . الا أنه فى هذه الحالة الاخيرة لا بد مع ذلك من أمر عال - (٢) يعنى صاحب الارض من دفع نصف الاموال اعفاء مستمراً . والارض التى يتمتع صاحبها بهذه الحقوق هى كل أرض خراجية أو عشورية أو اطيان الاوامى مع قطع المرتب أو الفايط الذى كان مقرراً لاصحابها وبهذا القانون كثرت الاراضى المملوكة ملكاً نهائياً للأفراد ماعدا حق المصادقة على الوقف فانه ظل باقياً فى يد الحكومة ، بما يدل على أن الارض كانت من قبل مملوكة للحكومة وان الملكية المطلقة بالمعنى العام لم تقرر بعد بطريقة واسعة لملاك الاراضى حتى من دفع منهم المقابل أى المقابلة

٤ - فى زوال التفرقة بين الاطيان الخراجية والعشيرية

٨٣ - على أن الشارع المصرى لم يظل جامداً بشأن الملكية المطلقة بالمعنى الواسع والذى يجب أن تقرر للأفراد بطريقة نهائية لا يحددها قيد من القيود ، بل فكر سنة ١٨٩١ فى جعل جميع الاراضى الخراجية اراضى مملوكة للأفراد ملكاً

نهائياً مطلقاً ولذا أصدر الخديوى توفيق في ١٥ أبريل سنة ١٨٩١ الامر العالى الآتى :
 « بعد الاطلاع على المادة الخامسة من أمرنا الصادر في ٦ يناير سنة ١٨٨٠
 بالغاء قانون المقابلة — وبناء على ما عرضه علينا ناظر المالية وموافقة رأى مجلس
 النظار أمرنا بما هوأت : المادة الأولى : اعتباراً من تاريخ أمرنا هذا يكون لارباب
 الاطيان الخراجية التى لم تدفع عنها المقابلة حقوق الملكية التامة فى أطيانهم أسوة
 أرباب الاطيان التى دفعت عنها المقابلة بتمامها أو جزء منها . المادة الثانية : تلغى
 جميع الاوامر والقوانين السابقة المخالفة لاحكام أمرنا »

ويظهر أن الذى حدا بالشارع الى ابطال نظام الاطيان الخراجية وادماجها
 ضمن الاطيان الحرة المملوكة رقبة وانتفاعاً للأفراد ما يأتى :

أولاً — ان الاطيان الخراجية أخذت فى النقص بحيث لم يبق منها شئ كثير
 كما حقق ذلك يعقوب باشا أرتين فى كتابه كما رأينا

ثانياً — ان الاطيان الخراجية التى دفعت المقابلة أصبحت مملكتاً حراً . بخلاف
 الاطيان التى يدفع أصحابها المقابلة ظلت خراجية أى بقيت محملة بحقوق الحكومة
 المقررة لها فى أن تكون للحكومة حق الرقبة ولصاحب الارض حق المنفعة وانه
 اذا أريد نزعها من صاحبها للمنفعة العامة فلا يعطى له تعويض الا عند الحاجة
 وهكذا مما يدل على أن يد صاحب الارض ليست من القوة بما يحكى يد صاحب
 الارض الذى دفع المقابلة . ومن شأن وجود هذه الفروق بين أرضين من نوع
 واحد أن يحدث تدمراً بين الاهالى فوق ما يحدثه أيضاً من بخس للاطيان التى لم
 تتحرر بعد من قيود العبودية العقارية (ان صرح هذا التعبير) . وهذا تفريق
 تنشأ عنه تمييزات غير مرضيتين : نتيجة نفسانية بسيكولوجية ترجع للاهالى
 أنفسهم . ونتيجة اقتصادية أرضية ترجع لبخس فى قيمة الاراضى التى لم يوفى
 صاحبها لدفع المقابلة . اذ ترتفع قيمة الارض المحررة وتبخس قيمة الأرض الرقيمة

(٣) ان الحاكم نفسه ألقى فى سنة ١٨٧٥ هذا القانون ثم اعاده فى السنة نفسها
 ثم الغاه فى يناير سنة ١٨٨٠ ثم تأيد الالغاء بقانون التصفية فى يوليو سنة ١٨٨٠

ومن شأن القانون الذي تتناوله الايدي بالالغاء ثم الاعادة ثم الالغاء ثم الالغاء قطعياً ، ان لا يكون مرغوباً فيه وان لا ينظر الى نتائجه بعين مرضية . لذا أحس الحاكم بعد مرور ١٠ سنوات من الغائه النهائي انه لا محل لبقاء تفرقة في الاطيان كان السبب فيها قانون لم يشرع الا لاجل سداد ديون الحكومة اذ ذاك

(٤) ان في بقاء التفرقة بين الاطيان المملوكة للمصريين ، بعد انشاء المحاكم النظامية المختلطة سنة ١٨٧٥ وبعد انشاء المحاكم الاهلية سنة ١٨٨٣ ، معنى لذكرى الحقوق اللانهاية التي كانت مقررة لولا مصر وخديويها . وهذه الحقوق اللانهاية لا تتفق مع نظام حكومي مرتب وعلى أسس عصرية شبه دستورية . لذا أصبح الشعور بالنفرة من هذه التفرقة جسيماً بما دعا ذوى الشأن بمصر الى ضرورة التعجيل برفع فروق أصبحت ذكرها لا تتفق مع حالة عصرية ذات مدنية خاصة هذه هي الاسباب التي نظن أنها حدثت بالحكم للبلاد الى اصدار دكريتو ١٥ ابريل سنة ١٨٩١ في رفع الفروق بين الاطيان المملوكة ملكاً نهائياً والاطيان الخراجية المقيدة بحقوق قديمة للحكومة لا مبرر لبقائها من الوجهة الاجتماعية في بعض الاراضي وزوالها عن البعض الآخر^(١)

٨٤ — هذا وكان يجدر بالشارع المصري عقب صدور دكريتو ١٥ ابريل سنة ١٨٩١ أن يسارع الى تعديل المواد المختلطة ٢٠ و ٢١ مدنى والمادة الاهلية ٦ مدنى ولكنه لم يفعل وظل ساكتاً حتى سنة ١٨٩٦ وعدل المادة ٦ مدنى أهلى دون أن يمس المواد المختلطة

وفي ٣ سبتمبر سنة ١٨٩٦ صدر الدكريتو الآتى : « بعد الاطلاع على المادة

(١) ويلاحظ أن دكريتو ١٥ ابريل سنة ١٨٩١ قصر عمله على جعل الاراضي الخراجية التي تدفع المقابلة مشابهة كل الشبه للاراضي الخراجية التي دفنتها . ولم يتعرض هذا الدكريتو الى المادة ٦ من قانون المقابلة وهي الخاصة بضرورة مصادقة الحكومة عند وقف الاطيان . بل تعرض فقط للمادة الخاصة منه بالتعديل . وعلى ذلك يجب اعتبار حق مصادقة الحكومة على الوقت باقياً بصدور هذا الامرالى

السادسة من القانون المدني المتبع لدى المحاكم الاهلية المصدق عليه بالامر العالي الصادر في ٢٦ الحجة سنة ١٣٠٠ (٢٨ أكتوبر سنة ١٨٨٣) - وبعد الاطلاع على المادة الخامسة من الامر العالي الصادر في ٦ يناير سنة ١٨٨٠ بالغاء قانون المقابلة المصرح فيها بأن تبقى جميع أحكام القانون المذكور المتعلقة بجمل حقوق ملكية الاطيان للذين دفعوا عنها المقابلة مرعية الاجراء والعمل وبأن دفع جزء من المقابلة يخول حقوق الملكية التامة في الاطيان المذكورة - وبعد الاطلاع على الامر العالي الصادر في ١٥ ابريل سنة ١٨٩١ الذي جعل لارباب الاطيان الخراجية التي لم تدفع عنها المقابلة حقوق الملكية التامة في أطيانهم أسوة أرباب الاطيان التي دفعت عنها المقابلة بتمامها أو جزء منها - وبناء على ما عرضه علينا ناظر الحقائق وموافقة رأى مجلس النظار وبعد أخذ رأى مجلس شورى القوانين أمرنا بما هو آت :

المادة الاولى - عدلت المادة السادسة من القانون المدني الاهلي بالكيفية الآتية : (تسمى ملكا العقارات التي يكون للناس فيها حق الملك التام بما في ذلك الاطيان الخراجية) ١ هـ

ومن هذا الامر العالي يرى أن الشارع المصرى هذه المرة قرر اعتبار الاطيان الخراجية أطياناً مملوكة ملكاً حراً للأفراد وأدخلها فعلاً في المادة ٦ بالفقرة الاولى منها الخاصة بالملكية التامة . وأما قبل صدور هذا الامر العالي كانت الاطيان الخراجية بمقتضى الامر العالي السابق عليه المؤرخ ١٥ ابريل سنة ١٨٩١ حرة أيضاً ولكنها لم تكن متمتعة بالملكية التامة الكاملة لأنها كانت خاضعة كما رأينا لمصادقة الحكومة عند ايقافها بمعرفة أصحابها ، ولذا تعتبر الاطيان سنة ١٨٩٦ المملوكة للمصريين والاجانب بعد ٣ سبتمبر سنة ١٨٩٦ أطياناً مملوكة ملكاً حراً لا تقيده قيود ما ترجع لامتيازات الحاكم الشرعى الا ما تعلق بالاصول العامة من حيث خضوعها للضرائب وللأحكام العقارية العامة ولأحكام نزاع الملكية (١)

(١) هذا وتلاحظ على ذكره سنة ١٨٩٦ وعلى ما سبقه سنة ١٨٩١ ما يأتى :

٥ - الملكية العقارية المصرية

بعد سنة ١٨٩٦

٨٥ - أصبحت الملكية العقارية المصرية بعد سنة ١٨٩٦ حرة من كل قيد الا ما تعلق بالنظام العام كما ذكرنا كنزع الملكية وغير ذلك . وأصبح لكل مالك الحرية المطلقة في أن يتمتع بملكه تمام التمتع بجميع الحقوق المقررة له . وربما كانت عبارة « بطريقة مطلقة » الواردة بالمادة ١١/٢٧ مدني تشير الى تحرير العقار من القيود التي أثقلت في الازمان السابقة بمصر كما أثقلت العقار بفرنسا قبل الثورة الفرنسية سنة ١٧٨٩ كما أكد ذلك كولين وكابتان وكما بيناه في مكانه . وعلى ذلك تعتبر عبارة « بطريقة مطلقة » الواردة الآن بالقوانين المصرية الحديثة هنا وهناك أن للمالك حق التمتع بجميع ما يمكن أن يعد له العقار من جميع أوجه الانتفاع دون أن يعطل حقه على المالك معطل ما ودون أن يحده حتما الا ماورد في حدود القانون . وعلى ذلك يجب أن تفسر هكذا كلمة مطلقاً الواردة هي الاخرى

أولاً : الناظر المختص في دكرتو سنة ٩١ هو ناظر المالية . وأما في دكرتو سنة ٩٦ فنأظر الحاقية . وكان يحسن في نظرنا أن يكون الناظران مختصين متماهدين الامرين لوجود الرابطة المالية فيهما ولانه كان يجوز سنة ١٨٩١ تعديل الفقرة ٢ من المادة ٦ أهلي بما يتفق مع دكرتو سنة ١٨٩١ ثانياً : أخذ رأى مجلس شورى القوانين في دكرتو سنة ١٨٩٦ ولم يؤخذ في دكرتو سنة ١٨٩١ وكان يجب في نظرنا أن يؤخذ في الاثنين طبقاً للقانون النظامي القديم الخاص بمجلس شورى القوانين الصادر سنة ١٨٨٣

ثالثاً : لم تعدل المادة ٦ أهلي ولا المادة المقابلة لها ٢١ مختلط سنة ١٨٩١ . مع أن بقاء المادتين على حقيتهما الاولى لا يتفق مع دكرتو سنة ١٨٩١ . ومع ذلك فإن القضاءين الاهلي والمختلط كانا يجريان على الاخذ بنصوص هذا الدكرتو . فالقضاء الاهلي يأخذ به باعتبار الدكرتو خاصاً بالمصريين الوطنيين . وأما المختلط فلان الدكرتو يتعلق بالاطيان بمصر ولان الاصول العقارية تسرى على الاجانب والاهالي بمقتضى الارادة الشاهانية الصادرة في ٧ صفر سنة ١٢٨٣ (٢٥ يونيو ١٨٦٨) ولان الدكرتو من شأنه تحيين حال المالك لا تسوي حاله لانه محرر للملكية من قيود سابقة ترجع لامتيازات قديمة كانت مقررة للحاكم الفرعي

رابياً : لم تعدل المادة ٢٨ و ٢١ مدني مختلط كما عدلت المادة ٦ أهلي . وربما كانت الحكمة هنا كما تبين بشأن دكرتو سنة ١٨٩١

بالمادة ١١ من كتاب مرشد الحيران تحت عنوان الملكية حيث قررت ما يأتي :
 « الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفاً مطلقاً فيما يملكه عيناً ومنفعة
 واستغلالاً فينتفع بالعين وبفصلتها وثمارها ونتائجها ويتصرف في عينها بجميع
 التصرفات الجائزة » . وإذا ربطنا هذه المادة ١١ مدني بما تقدمها من المواد ٥ و ٦
 من مرشد الحيران لتجلى معنى عبارة « بطريقة مطلقة » أكثر فأكثر اذ تقول
 المادة ٥ « الاعيان المذكورة المملوكة الرقبة والمنفعة هي ما كان للملاكها حق
 التصرف فيها عيناً ومنفعة ومنها الاراضى العشرية فتباع وتؤجر وتوهب وتوقف
 وترهن وتورث . » وتقول المادة ٦ . « اراضى مصر خراجية مملوكة في الاصل
 لاربابها . . . » وإذا رجعنا الى تاريخ الاراضى الخراجية وأن حق الرقبة كان
 للحاكم وحق المنفعة كان للحائز ثم انتهى الامر بتسوية الاراضى الخراجية بالاراضى
 المملوكة نهائياً أدركنا حينئذ المعنى المقصود من الاطلاق في تعريف الملكية
 أما الحقوق التي يمكن أن تترتب على الملكية الحرة فهي حق الملكية والانتفاع
 والارفاق والامتياز والرهن بنوعيه والاختصاص وحق الملك (المادة ٥ / ١٩
 مدني) والغاروقه (الماذة ٥٥٣ مدني أهلى ولا مثيل لها بالاختلط)

في أنواع الملكية

٨٦ - ان كلمة الملكية ^(١) لا تنطبق من الوجهة الفنية الا على الاشياء
 المادية ^(٢) منقولات كانت أو عقارات . ولكن الملكية تتمشى احياناً عند التوسع
 في معناها على جملة حقوق مختلفة وعلى الاخص على اشياء معنوية ^(٣) ويكون
 الغرض من معناها في هذه الحالة منصرفاً الى مبلغ ما لحلة هذه الحقوق من حرية
 التمتع بها والتصرف فيها . ومن أمثال ذلك ما يشير به القانون التجارى بالمادة
 ١٤٠ / ١٣٣ فرنسى الى ملكية الكبيالة حيث تقول : « الكبيالة المحزرة

لحامليها تنتقل ملكيتها ^(١) بمجرد تسليمها . أما ملكية الكمبيالة التي يكون دفعها تحت الاذن فتنتقل بالتحويل «

أما أهم أنواع الملكية من هذا النوع فهي ما يأتي :

ملكية القاب الاسرة والملكية الصناعية والملكية الفنية والادبية وملكية بعض الوظائف الحكومية وملكية الالقاب الحربية والوظائف بالجامعات ^(٢) وملكية الرسائل وغير ذلك

١ (في ملكية القاب الاسرة

٨٧ -- يراد بملكية القاب الاسرة واسمائها ^(٣) قصر الاسم على حامله دون غيره . ولقب الاسرة هذا هو الذي يشمل جميع أفراد الاسرة الواحدة أي أن أصله رابطة القرابة ^(٤) فالولد يحمل لقب أبيه والاخوة لقب أبيهم وأولاد العم لقب الجد وهو لقب الاب والولد الذي لم يعرف له أب يحمل لقب أمه اذا عرفت أمه (قانون الولادة والوفاة المؤرخ ١١ اغسطس سنة ٩١٢ رقم ٢٣) ويحصل ان يتسمى الشخص بلقب من غير طريق القرابة . وذلك في الاحوال الآتية :

١ (في حالة التبني ^(٥)

٢ (وفي حالة التسمية الاداري بشأن القطاء ^(٦)

٣ (وفي حالة تغيير الاسم بأن يحصل برفع دعوى امام المحكمة المدنية في مواجهة النيابة . واما الاسم العادي للشخص ^(٧) فهو الذي يميزه عن بقية افراد العائلة وهو غير اللقب . ويقضى قانون فرنسي قديم صدر بعد الثورة الفرنسية (قانون ١١ جيرمينال السنة الحادية عشر) بأنه لا يجوز للأفراد تسمية أولادهم

(١) Propriété d'une lettre de change (٢) Chairs

(٣) Noms de famille أو Noms patronymique وبعبارة موجزة Nom

(٤) Filiation (٥) Adoption (٦) Enfants trouvés (شرح

القانون المدني لفتحى زغول باشا ص ١٤) (٧) Prénom

الا بالاسماء العادية أو بأسماء رجال التاريخ القديم . وصدر هذا القانون لمناسبة انه عقب الثورة الفرنسية اخذ الفرنسيون كما أخذ من قبلهم الانكليز والاميركان في تسمية اولادهم بأسماء كبار الرجال وعظماهم المعروفين مدة الثورة المتوفين منهم والاحياء . ولما لوحظ ما شاب هذا القانون من الابهام والغموض بشأن عبارة التاريخ القديم صدر منشور سنة ١٨٦٥ بتعيين الاسماء التي يجوز حملها . ولكنه اهمل بحكم العادة

هذا وقد لوحظ في مصر ايضاً مثل ما لوحظ في فرنسا وانكلترا واورىكا . ذلك انه اثناء الحرب العالمية الحديثة وقبل انتهائها اخذ بعض الافراد يسمون اولادهم بأسماء كبار الرجال الذين عرفوا في هذه الحرب وحصل مثل ذلك في أثناء الحركة المصرية الاخيرة والحركة العثمانية الاخيرة ايضاً

وأما الاسم الذي يعرف به الشخص من طريق الشهرة الماسة^(١) فقد أجاز حمله بفرنسا على شرط ألا يكون من أسماء النبلاء والاشراف في عصر الاقطاعات وتحمل الزوجة لقب زوجها ولا تحمله بعد طلاقها منه . وكانت تجرى العادة قديماً في بعض أقاليم فرنسا أن يحمل الزوج اسم زوجته . وبقيت هذه العادة في المسائل التجارية وأقرها القضاء الفرنسي .

في الكيان القانوني لحق الاسم وفي وسائل حمايته

٨٨ — تحمي ملكية الاسم حماية جنائية وحماية مدنية

أولاً : الحماية الجنائية : تقضى المادة ٢٥٩ عقوبات فرنسي بمعاقة من يحاول تغيير اسمه في سبيل الحصول بغير حق على امتيازات ذات شرف . ولأنه لا يوجد لهذه المادة مثيل بالقانون المصري الا أن من حاول مثل هذا العمل يقع حتماً تحت طائلة قانون العقوبات المصري باعتباره مرتكباً للجريمة النصب أو التزوير في أوراق

رسمية أو عرفية اذا توافرت اركان النصب أو التزوير

مُأْنياً : الحماية المدنية : (١) اما أن يطلب المدعى انتفاعه بالاسم دون غيره (٢) وفي هذه الحالة تعتبر الدعوى ذبلاً لدعوى ثبوت النسب (٣) وما دام أن التنازع هنا على رابطة النسب للمتخاصمين لجهة واحدة أصبحت الدعوى من اختصاص القضاء الشرعي باعتبار أن الدعوى دعوى ثبوت النسب

واما أن المدعى للاسم يطلب منع خصمه من حمل الاسم واستعماله . وفي هذه الحالة توجد جملة صور . اما أن المدعى عليه تسمى باسم المدعى بغير حق واما أن المدعى عليه بدلاً من أن يتسمى هو بالذات بالاسم المتنازع عليه فانه يستخدمه رمزاً لاسم شخص خيالي في عمل أدبي كرواية . واما أن يستخدم الاسم لبضاعة يعرضها للبيع واما أن المدعى عليه هو مدع في دعوى امام المحكمة المدنية في مواجهة النيابة ويريد تغيير اسمه

ففي هذه الحالة الأخيرة يجوز للمنازع للاسم أن يدخل خصماً ثالثاً في الدعوى ويطلب عدم الحكم بتغيير اسم المدعى . قلنا هذا من طريق القياس بفرنسا عند ما يريد الفرد تغيير اسمه فيقدم طلباً لمجلس الحكومة بباريس على شكل دعوى فيأْتى المنازع ويدخل خصماً ثالثاً محتجاً ضد التعديل (٤)

وأما الصور الثلاثة الأخرى فلها تعبير بصيغة مدنية . ولا يوجد لها تشريع فرنسي ولا تشريع مصري بخلاف القانون الألماني فانه قرر بالمادة ١٢٥ ما يأتي : « انه فيما يتعلق بحق حمل الاسم واستعماله يجوز لصاحب الحق ، اذا تعرض له متعرض عند استعماله للاسم ، أو حصل له ضرر في مصالحه بفعل شخص آخر استعمال هذا الاسم بلا حق يجوز له مطالبة خصمه بالامتناع من احداث الضرر واذا خيف من حصول مثل هذه الاعمال الضارة في المستقبل فانه يجوز لصاحب الحق رفع دعوى يطلب فيها منع الاستعمال »

Revendiquer أو Réclamer (٢)

Sanction de droit civil (١)

٣٥٩ م ١ كولين وكابتن ج (٤) Action en réclamation d'état (٣)

ويقول الشارحون الفرنسيون ^(١) بأنه لا يوجد مانع في القانون الفرنسي من رفع مثل هذه الدعوى . وزى نحن أيضاً من طريق القياس أنه لا يوجد بمصر ما يمنع من رفع مثل هذه الدعاوى وقبول نظرها أمام المحاكم . وإذا صح رفع الدعوى فما هو حينئذ الوصف الذى توصف به أى ما هو كيانها القانونى ؟ الوصف القانونى فى ذلك يرجع للكيان القانونى لحق الاسم . وهنا اختلفت الآراء

رأى يقول بأن الاسم عبارة عن حق الملكية ^(٢) ولكن لا يمكن الأخذ بهذا رأى لأن الاسم لا يجوز اعتباره حق ملكية . ذلك لأن الاسم فى ذاته لا يعتبر من الأشياء التى تدخل ضمن مال الانسان وراثته ^(٣) وعلى ذلك فهو لا يقبل التصرف فيه ^(٤) ولا يجوز تملكه بمضى المدة ^(٥)

ورأى آخر ، وهو هذه المرة سلبى محض ، يقول بأنه ليس هناك حق ذو أى وصف ما تختص به الاسماء . وأن الغرض من الاسماء انما هو نظام خاص فى تمييز الاشخاص عن بعضهم البعض وأنه اذا كان الافراد يتخصصون الى القضاء بشأن الاسماء فانهم يتخصصون مستندين الى المادة ١٥١ / ٢١٢ مدنى و ١٣٨٢ فرنسى أى يطلب البعض الى البعض الآخر تعويضاً نظير الضرر الذى أصابه بسبب الاسماء . حتى ولو كان التعويض لسبب الخلط فى الاسماء بين صاحب الاسم الحقيقى ومغتصب الاسم . وهذا هو ما يجرى عايه مجالس الحكومة بباريس اذ لا يقبل دخول خصم ثالث أمامه فى دعوى تتعلق بتغيير الاسم الا اذا أثبت الخضم الثالث ضرراً يصيبه من ذلك ^(٦)

أما « كولين وكابتان » فانهما يريان : بأنه ليس هناك محل للاخذ بطريقة

(١) كولين وكابتان ج ١ ص ٣٦٠

(٢) Patrimoine (٣) ١٥٠٢٠٢٠٢ — ١٧٤٠٢٠٢٠٢

(٤) Incessible (٥) Imprescriptible — س ٨٤ ، ٢ ، ٢١ ومقال Labbé

— ٢٤٤ ، ١ ، ٩٣ ، س ٢٥ ، ١ ، ٩٣ ومقال Lallier

(٦) ٩٩ ، ٣ ، ٩٠٢ ، د

مطردة برأى من هذه الآراء التي عرضناها الآن^(١) وإن الطريقة التي يجب اتباعها في تكييف الحق للاسماء تكييفاً قانونياً صحيحاً وفي تكييف الدعوى التي تعتبر أداة لحماية هذا الحق، هذه الطريقة تختلف باختلاف الظروف واختلاف مظاهر أنواع الخلاف بين المتخاصمين. وإذا كانت الاحكام السابقة قد تتعارض مع بعضها البعض من حيث تقرير نظرية واحدة ينسج على منوالها بطريقة مطردة في جميع المسائل فإن ذلك لا يعتبر في الحقيقة تناقضاً وتعارضاً بل هو عين التجالس في الاحكام : ذلك لانه اذا كان النزاع يتعلق بالادعاء بالملكية للاسم استعمال النزاع في الحال الى دعوى ثبوت النسب^(٢) ويجب على من ادعى قصر الاسم عليه دون خصمه أن يقيم الدليل على اتصاله بالجد اتصالاً صحيحاً دون خصمه. ومع ذلك يعتبر الاسم امانة خارجية للدلالة على شخصية الفرد من حيث اتصاله بأبيه وجده. وهذا هو ما بقوله القضاء الفرنسي وهو ما يفيد حقيقة بأن الاسم لا يجوز تملكه بمضى المدة ولا يجوز التصرف فيه. هذا فيما اذا كان الاسم يتعلق بالنسب. وحق تملك الاسم دون المغتصب حق يملكه كل فرد من أفراد الأسرة ذكوراً كانوا أو إناثاً حتى ولو كانت البنت قد تزوجت وتسمت باسم زوجها. كل هذا جائز دون الحاجة الى اثبات ضرر ما، أي يكفي اثبات احتمال الخلط في الاسماء^(٣)

وأما اذا كان الاسم لا يرجع الى النسب واسم الأمرة بالرجوع الى الاب والجد وكان النزاع خاصاً بتملك الفرد للاسم من طريق الاستعمال والشهرة بحيث أصبح رمزاً عليه يعرف به، فلا يعتبر النزاع في هذه الحالة خاصاً بدعوى النسب إنما هو خاص بحق اكتسبه المدعى مع الزمن وتقرر له حق عليه بالزمن والاستعمال بحيث يجوز له اذا اغتصبه منه مغتصب، حق المطالبة به. والحق في الاسم هذا

يعتبر في عداد الحقوق المقررة للإنسان^(١) أو الحقوق المقررة له باعتبارها متصلة به اتصالاً لا ينقسم^(٢) فإذا تبين اكتساب الحق بالزمن والاستعمال مع اختلاف وجوه الاستعمال فنياً كان أو أدبياً جاز منع الغاصب من استعمال الاسم^(٣) أي أنه كلما تبين حصول ضرر لفرد من جراء استعمال اسمه جاز له حق المطالبة بتعويض وطلب منع حصول الضرر بمنع المزاحم من استعمال الاسم . وقد حكم القضاء الفرنسي بمنع الزوجة من حمل اسم زوجها إذا استعملت هذا الاسم في غير المناسبات الزوجية وحصل له ضرر أدبي أو مادي . كما إذا كانت الزوجة مغنية وتغني في المسارح والمراقص وهي تحمل اسم زوجها^(٤) وكذلك الحال فيما إذا كان تاجر يزاحم تاجراً آخر فيضيف على اسمه اسم زوجته التي هي فرد من أفراد عائلة التاجر الآخر حتى يختلط اسمه مع اسم المزاحم معه فيستفيد من ذلك . في هاتين الحالتين تقبل الدعوى لأن الاسم قد استخدم في غير المناسبات المقررة له

هذا ولا يفوتنا القول هنا بأنه إذا كان الاسم قد أريدت منه مصلحة مالية ولم يكن الغرض منه تمييز عائلي لأفراد العائلة كما إذا كان الاسم منصرفاً إلى علاقة تجارية خاصة تمييزاً لحل صناعي تجاري عن بقية المحلات المشابهة له ، بأن اعتبر اسماً تجارياً^(٥) وأصبح الاسم بذلك داخلاً ضمن ثروة الإنسان وماله باعتبار حقه معنوياً فيه ، أي أنه أصبح مقوماً لدى صاحبه بالمال : قلنا إذا تبين ذلك اعتبر الاسم مالاً وأصبح قابلاً للتصرف فيه وجواز تملكه بمضى المدة

Droits innés (٢)

Droits de l'homme (١)

(٣) س ، ١٠٦ ، ٢ ، ٢١٧ ومقال Perreau (٤) كولين وكابتان ج ١ ص ٣٦٢

Nom commercial (٥)

(٢) في الملكية

الصناعية والأدبية والفنية

٨٩ — يراد بالملكية الصناعية^(١) الحقوق المقررة للمخترعين^(٢) على مخترعاتهم واكتشافاتهم (شهادات الاختراع)^(٣) والحقوق المقررة للتجار وأصحاب المصانع على علامات المصنع^(٤) والعلامات التجارية^(٥) وعلى أشياء أخرى . وهذه الملكية الصناعية إنما تدخل في أحد فروع العلوم القانونية المسماة بقانون الصناعة^(٦) (أو التشريع للمال) وله قوانين خاصة به صدرت بمقتضى قانون نابليون سنة ١٨٠٤ ولم يكن لها شبيهة بالقوانين المصرية . ولكن القضاء المصرى وعلى الأخص القضاء المختلط وضع لهذا القانون مبادئه العامة بالرجوع الى الأصول القانونية العامة^(٧) والى القانون الطبيعى^(٨) والى العدالة وهانحن نبين ذلك بعض التبيين

والملكية الفنية^(٩) هى ما تتعلق بالمسائل الفنية كالنقش^(١٠)

والملكية الادبية^(١١) هى ما تتعلق بالمؤلفات من كتب ورسائل ومقالات

وروايات وخطابات

ولقد سكنت الشارع المصرى عن التشريع لهذين النوعين من الملكية كما سكت عن الملكية الصناعية^(١٢) . ولكن القضاء المصرى سد هذا النقص كما بينا فى الملكية الصناعية . وانا نبين الآن حقوق هذه الملكية على اختلاف أنواعها

Inventeurs (٢)

Propriété industrielle (١)

Marque de fabrique (٤)

Brevet d'invention (٣)

Droit industriel (٦)

Marques de commerce (٥)

Propriété artistique (٩) Droit naturel (٨) Droit commun (٧)

Propriété littéraire (١١) Sculpture (١٠)

(١٢) انظر بحثاً بمجلة مصر الحديثة المجلد الاول سنة ٩١٠ ص ٨٧ — ١٢١ لراىحه جوليه

شمر على الملكية الادبية والفنية والصناعية بمصر

وما قرره القضاء المصرى بشأنها وما قاله عنها أيضاً رجال الفقه المصرى

١ - في أصل الملكية الادبية والصناعية وشرعيتها

٩٠ - في شرعية هذه الملكية : أكد مؤلفون عديدون شرعية الملكية الادبية وقرروا أن حق المؤلف انما هو حق الملكية . وقالوا بأن المؤلف يشبه في بيعه لكتابه المزارع الذى يبيع محصوله . وقال لامارتين^(١) ان الملكية الادبية هى أفدس أنواع الملكية . وعلى ذلك قرروا بأن الملكية الادبية هى أكثر أنواع الملكية اتصالاً بالإنسان اتصالاً محكمًا ، لأن ملكية الاشياء انما تنصب فى الخارج على أشياء معينة . وأما الآراء والافكار التى يودعها المؤلف كتابه فانها هى بذاتها نفس المؤلف وشخصيته . وقالوا بأن الملكية الادبية هى ككل أنواع الملكية الاخرى ثم أطلقوا عليها الملكية الادبية^(٢) وقد اعترض على ذلك مؤلفون آخرون وأنكروا على المؤلفين الاولين هذه الملكية الفكرية^(٣) اذ لاحظوا عليهم أنهم جعلوا المنتج^(٤) مالكا^(٥) مع أن الانتاج عمل مأجور . أى العمل شئ ، والاجرة عليه شئ آخر . وترجع الملكية لا الى رغبة الرجل بل الى طبيعة الشئ ، وفرق بين عالم المادة^(٦) وعالم الافكار والآراء^(٧) اذ يستغل الاول بالاستيلاء عليه استيلاء فعلياً فيعمود منه النفع على الناس . وأما الثانى فلا بد فيه من النشر وجعله بحيث يستطيع الكل العلم به والوقوف عليه . فالنفع فى الاول يظهر بتملك الفرد له . والنفع فى الثانى لا يتم الا اذا أصبح مشاعاً على الكل ووقفا على الجميع لا يختص صاحبه به دون غيره . كل ذلك يرجع لتنافى طبيعة الشئيين . مادة الاول وطبيعة الثانى . وان كان للمؤلف الحرية المطلقة فى أن يحتفظ بعمله دون نشره أو أن ينشره على الافراد ، الا أنه اذا نشره أصبح رأيه ليس له فقط

(١) Lamartine (٢) بلانول ج ١ ص ٧٨٣ ن ٢٠٤٥ طبعة سنة ١٩٢٠
 (٣) Propriété intellectuelle (٤) Producteur (٥) Propriétaire
 (٦) Monde matériel (٧) Monde des idées

بل للجميع أيضاً ولا يملك نزعهُ من هذا الأخير^(١) ويرى بلانيول^(٢) أنه لا يمكن تسمية حق المؤلف على كتابه بالملكية وإنما للمؤلف أجر^(٣) وتعمل الشرائع على حماية المؤلف في تقرير نوع له من الاحتكار^(٤) في سبيل استغلال عمله^(٥)

٩١ - في أبدية حق التأليف : وما شغل الشارحين مبدأ أبدية الحق^(٦) فهل يجوز جعل الملكية الأدبية خالدة في أيدي أصحابها وورثتهم كالملكية العادية سواء بسواء ، أم لابد من ضرب زمن معين لهذا الاحتكار في استغلال المؤلفات والمخترعات ، باعتبار أن هذه المؤلفات تهرم وتشيع ثم تموت بأن تزول عنها مزاياها الوقتية وأن لا يصبح لها من القيمة العلمية الا بالقدر المناسب من الوجهة التاريخية ؟ ترى الشرائع الحاضرة تعين زمن الانتفاع بحقوق الملكية للمؤلفات بحيث يستطيع المؤلف وورثته من بعده الاستمرار بهذا الانتفاع وعينت زمناً اذا مضى هذا الزمن أصبح الكتاب ملكاً عاماً في عداد الاملاك العامة^(٧) أي أن تحديد الزمن في الاحتكار بالانتفاع يرجع للمصلحة العامة لا للأسباب الأخرى التي ذكرها بعض المؤلفين في أن دوام الحق يترتب عليه تعدد الورثة والمعجز عن حصرهم (على أن ذلك ظاهر في الملكية العقارية أيضاً) أو أن الذين يلتفتون بالحق انما هم طائفة الناشرين^(٨) دون غيرهم (مع أن العادة جرت الآن على أن يكون للمؤلف نسبة معلومة من ثمن كتابه)^(٩) واذا أصبح المؤلف ملكاً عاماً فهو حي دائم طالما أن الناهين من أهل الحركة العلمية يتعهدونه بالتهذيب

(١) بواسيتيل في فلسفة القانون ج ١ ن ١٤٥ Boistel : Philosophie du droit

(٢) من ٧٨٣ ن ٢٥٤٥ Salaire (٣) Monopole (٤)

(٥) وكان المؤلف يشغل كتابة بواسطة امتياز يعطى له من الملك لطبع كتابه في مطبعة معينة . ثم حل القانون محل الامتياز وتقرر للمؤلف حق الانتفاع بمقتضى القانون بمؤلفه مدة حياته ولورثته مدة خمسين سنة . واذا كانت الحكومة هي صاحبة التأليف فلا يموت حقها أبداً : بلانيول من ٧٨٥ ن ٢٥٤٩

Éditeurs (٨) Domaine public (٧) Perpétuité (٦)

(٩) بلانيول من ٧٨٤ ن ٤٥٢٦

والتعديل ويصبح الكتاب الموضوع وكأنه أثر تاريخي أو سند على

في أسرة من الافتراع : وكذلك فعل الشارحون أيضاً بشأن شهادات الاختراع^(١) فانهم لم يقرروا لها الاخرى أن تكون خالدة بل هي معقودة بزمان معين والا اذا ظلت خالدة لنجم عن ذلك خطر بالصناعات المختلفة ووقف تقدمها وحرم آخرون من المكتشفين من حق اختراعاتهم الاخرى المشابهة . وهكذا الحال أيضاً بشأن المؤلفات على اختلاف أنواعها فان الآراء والافكار التي اشتملتها انما هي تنبعث عن الظروف المحيطة بها . فلا يعتبر الرأي في الحقيقة ملكاً خاصاً بصاحبه لأنه مدين فيه بما ورثه عن الآباء والاجداد وتركه المؤلفون الآخرون السابقون عليه^(٢)

٩٢ — الملكية الادبية من حيث هي : سماها الفقه المصري بشبه الملكية^(٣)

وقررها القضاء باعتبار أن الحصول العالمي للانسان انما هو خاص به وأن الشرائع الحاضرة عنيت بحماية هذه الحقوق^(٤) ويثبت حقه حتى ولو كان عمله راجعاً الى وظيفته الحكومية باعتبار أنه استعان بها في تكوينه^(٥) لانه لا يجوز للمصلحة التابع هو لها أن تستفيد بلا مقابل من عمله فهو لذلك في حل من الاستعانة بدعوى المطالبة بالمقابل^(٦) . وحق الملكية ثابت على المؤلف المطبوع أو المكتوب بخط اليد^(٧) والذي لم يطبع بعد^(٨) وعلى أدوار الغناء اذا تبين أن صاحبها لم يرد

Brevet d'invention (١)

(٢) ومن المقرر بفرنسا أن احتكار الانتفاع بشهادات الاختراع لا تزيد مدته عن ١٥ سنة ولا يبد فيه من شهادة Brevet من الحكومة وعلى شرط دفع جمل سنوى . وله أسباب تدعو الى سقوط الحق واندماجه في أموال النعمة العامة . ويرى أن حماية الشارع للاختراع أقل من حمايته للملكية الادبية . لان المخترع مدين في اختراعه للظروف الصناعية أكثر من المؤلف في وسطه الادبي والعلمي

(٣) Quasi-propriété (دى مجلس ج ٣ ص ٥٧١ ن ٣٠)

(٤) ج ع ٣ ص ٤٤٧ ن ٤٧٢٠ (٥) ن ٤٧٢٦

(٦) Action de in rem verso (٧) Manuscrit

(٨) ن ٤٧٢٨ — دى مجلس ج ٣ ص ٥٧٢ ن ٣٣

تركها للكافة^(١) وعلى ما ينقله الغير من كتاب آخر بلا تنقيح وتهذيب^(٢) حتى ولو لم يقل بأول طبعة «حقوق المؤلف محفوظة»^(٣) وهذه الحقوق مقررة للمؤلف ولورثته أخذاً بالعدالة^(٤)

ولا يجوز تمثيل الروايات الا باذن من أصحابها المؤلفين أو المخترعين لها، كما لا يجوز نشرها أيضاً الا بعد الحصول على هذا الاذن^(٥) ويجوز للأفراد طبع القوانين والمراسيم ونشرها والاستفادة من بيعها. كما أنه يجوز للحكومة ذلك. ولكن اذا ثبت أن الافراد الناشئين لها قد أخطأوا في نقلها بما يشوهها ويدخل الغلط على الجمهور جاز للحكومة طلب الحجز عليها ومصادرتها^(٦)

والمقالات المنشورة بالصحف السيارة ملك لأصحابها. فلا يجوز الاعتداء عليها انما يجوز نقلها بالاشارة الى أسماء أصحابها^(٧) على شرط أن تكون هذه المقالات مما ينشر عادة عن حوادث وقتية معينة. أما اذا كانت المقالات متسلسلة في بحث معين يصبح جمعها في النهاية وطبعها على حدة في كتاب، قد تصدق عليها القاعدة المتقدمة أي لا يجوز نقلها الا مع الاشارة الى أسماء أصحابها^(٨)

ويجوز نشر الاشارات البرقية أو البرقيات التي تنشرها الشركات المخصصة لذلك مع الاشارة الى أسماء هذه الشركات وعلى شرط سبق نشر هذه البرقيات بمعرفة الشركات المذكورة^(٩)

٩٣ - في الملكية الصناعية وشهادات الاختراع : جرى القضاء في حمايتها كما جرى بشأن الملكية الادبية والاستعانة بنظرية التعويض والمسئولية^(١٠) وليس من اللازم ايداع علامات الصناعة^(١١) بقلم الكتاب^(١٢) المنوه عنه في الشرائع

(١) ن ٤٧٢٩ (٢) ٤٧٣٠ (٣) ٤٧٣١ (٤) دي مجلس ج ٣ من ٥٧٣ ن ٣٥

(٥) دي مجلس ج ٣ من ٥٧٥ ن ٤٤ (٦) دي مجلس ج ٣ من ٥٧٤ ن ٢٨قرة ٢

(٧) دي مجلس ج ٣ من ٥٧٤ ن ٣٩ (٨) دي مجلس ج ٣ من ٥٧٤ ن ٣٩

(٩) دي مجلس ج ٣ من ٥٧٥ ن ٤٠

(١٠) ج ٣ ن ٤٧٣٢ Marques industrielles (١١)

(١٢) Dépôt au greffe (دي مجلس ج ٣ من ٥٧٧ ن ٤٨)

الآخري والتي ترمى به الى تقرير نظام العلانية والاشهار عنها وتعيين تاريخ ثابت للملكية المتنازع فيها ^(١) وعلى ذلك يؤخذ بالعلانية بمصر عند العمل بالاخترع في مجالات العمل . ولا يمكن أن تكون الحقوق المقررة على الاختراع خالدة بل يجب أن تكون معقودة بوقت كما قررت الشرائع الاجنبية ذلك . بحيث اذا ظل المخترع ثلاث سنوات ولم يخرج فيها اختراعه الى عالم الظهور والعلانية سقط حقه واذا كان من الجائز الطعن في شهادة الاختراع باوروبا فهذا الطعن جائز فيها بمصر أمام المحاكم المصرية ^(٢) ولا يعتبر الاختراع اختراعاً الا اذا تميز بشيء خاص ^(٣) وأنه جديد في ذاته ^(٤)

٩٤ - في التقليد ^(٥) : اذا اعتدى أحد على اختراع سابق أو حق مقرر من قبل أوخذ مدينياً . ولا محل للمواخذة اذا لم ينشأ عن التقليد خلط ما ^(٦) أو أن المقلد لم يكن يعلم بسبق وجود الشيء المخترع من قبل ^(٧) أى أنه كان حسن النية ^(٨) وللمحاكم أن تحكم بمنع التقليد ومصادرة الاشياء المقلدة وبالتعويض ^(٩)

ولا يعتبر تقليداً مجرد الرجوع الى المؤلفات الآخري ونقل قطع منها ^(١٠) ولو كانت ذلك بالموسوعات الكبرى ^(١١) وقد رأينا الآن بأنه يجوز للأفراد طبع قوانين الحكومة وأوامرها . انما للحكومة حق سحب هذه المطبوعات اذا لاحظت فيها أغلاماً مشوهة للقوانين ^(١٢) وكذلك رأينا بأنه ينتقرر حق الملكية على المقالات المنشورة بالصحف السيارة والمجلات العلمية ^(١٣) وكذلك الحال أيضاً بالنسبة للرسائل البرقية أو البرقيات أى التلغرافات على شرط اذاعتها أولاً بواسطة الشركة

(١) ج ع ٣ ن ٤٧٣٣ (٢) ن ٤٧٣٧ (٣) ٤٧٣٨ — ٤٧٤٤

(٤) Nouauté (٤٦) (٥) Contrefaçon

(٦) ٤٧٤٢ — ٤٧٤٣ (٧) ٤٧٤٤ (٨) دى هلس ج ٣ من ٥٧٧ ن ٥١

(٩) النبعة السابقة ون ٤٧٤٧ — وانظر أيضاً ن ٤٧٤٧ — ٤٧٥٩

(١٠) دى هلس ج ٣ من ٥٧٣ ن ٣٦ (١١) ن ٣٧ من دى هلس

(١٢) من ٥٧٤ ن ٣٨ دى هلس (١٣) ن ٣٩

التي كانت البادئة بالنشر^(١). وكل ذلك لا يعتبر تقليداً
وتقرر مثل هذه الحقوق أيضاً بالنسبة للرسامين^(٢) والنقاشين أو المثالين^(٣)
وللمؤلفين للروايات التمثيلية ولا يجوز تمثيلها على المسارح إلا بأجازة من صاحبها^(٤)

٩٥ - في المزاحمة اللاشعرية^(٥): تقضى النزاهة التجارية بعدم ادخال
الفش على المشتري وافهامهم بمصدر غير صحيح للبضائع وعدم استعمال أى وسيلة
ما يخدع بها المشترون^(٦) ويدخل في المزاحمة غير المشروعة اقتصار التاجر على
استعمال أول كلمة من اسمه^(٧) وهو ذلك الاسم الذي يشترك فيه مع تاجر آخر
اشتهرت بضائعه بهذا الاسم^(٨) ومن باب أولى اتخاذ اسم تجارى اتخذ تاجر
آخر من قبل واكتسب به سمعة تجارية واذا باع التاجر بضاعة مقلدة ولم يعلم
بالتقليد وظروفه فلا مسئولية عليه . أى اذا كان حسن النية . وأما اذا كان
سئى النية فهو مسئول^(٩) ويفترض سوء النية . وعلى التاجر إقامة الدليل على
حسن نيته^(١٠) ويعتبر مسئولاً حتى ولو كان حسن النية اذا نسب اليه افعال
وعدم احتياط^(١١) ويجوز الحكم باتلاف العلامات المقلدة ونزعها عن البضائع^(١٢)
كما أنه يجوز بإلزام المزاحم برفع الاسم التجارى الذى انتحله لتجارته واذا لم يرفعه
جاز رفعه بالقوة بواسطة المحضر . وفوق ذلك فإنه يجوز الاستعانة في هذه الحالة
بنظرية الاكراه المالى^(١٣) أى التعويض اليومى اذا ظلت المزاحمة غير المشروعة
قائمة

٩٦ - في جواز الحجز على الاشياء المقلدة^(١٤): لم يخرج جواز هذا الحجز

(١) وبالنسبة لقوة اثبات هذه الرسائل وكذلك أيضاً بالنسبة للصور الفوتوغرافية لمناظر البلاد
أنظر كتابنا الاثبات ج ١ ص ٣٢٦ وأنظر دى هلس ج ٣ ص ٧٥٥ ن ٤١

(٢) Peintre (٣) Sculpteur (دى هلس ن ٤٣) (٤) ن ٤٤

(٥) Concurrence déloyale (٦) ج ع ن ٤٧٤٥ (٧) Prenom (٨) ن ٤٧٦٠

(٩) ن ٤٧٦٣ (١٠) ن ٤٧٦٤ - ٤٧٦٥ (١١) ن ٤٧٦٦

(١٢) Saisie-contrefaçon (١٣) Les astreints (١٤) ن ٤٧٦٧

عن كونه نتيجة حتمية لما قررته الاحكام المصرية من أنواع الحماية المختلفة للملكية الصناعية والادبية وعلى ذلك يجوز الحجز على الاشياء المقلدة بعد استصدار أمر من القاضى المنتدب^(١)

٢ - التشريع المصرى والملكية الصناعية

والادبية والفنية

٩٧ - لم يضع الشارع المصرى قوانين لهذا النوع من الملكية بل كل ما قرره بالمادة ١٢ مدنى أهلى ولم يكن لها مثيل بالقانون المختلط ما يأتى : « يكون الحكم فيما يتعلق بحقوق المؤلف فى ملكية مؤلفاته وحقوق الصانع فى ملكية مصنوعاته على حسب القانون المخصوص بذلك^(٢) » ولم يصدر هذا القانون الخاص بذلك الآن . انما يجب أن يلاحظ بان الشارع اعترف بالملكية للمؤلفين وأهل الفن . ويجب أن يعتبر أيضاً بأنه اعترف بالملكية الصناعية رغم عدم التنويه عنها بهذه المادة . لانه نوه عنها بالمواد ٣٠٣ / ٣١٢ عقوبات^(٣) . وكل ما أرجأ التشريع فيه انما هو تنظيم هذه الملكية وبيان حقوق أصحابها على مؤلفاتهم ومخترعاتهم بالطريقة التى اتبعها الشرائع الحاضرة الأخرى

ولم يقف الشارع المصرى عند النص على هذه الملكية بالقانون المدنى الاهلى دون المختلط بل نص عليها بقانون العقوبات اذ قرر بالبواب الحادى عشر « فى تعطيل المزايدات وفى الغش الذى يحصل فى المعاملات التجارية »^(٤) بالمادة ٣٠٢ / ٣١٢ ما يأتى . « يكون مرتكباً لجنحة التقليد^(٥) كل من طبع بنفسه

(١) Juge de service (ج ع ٤٧٦٩ ن ٤٧٧٠) — انظر مقالا بمجلة الجازيت

سنة ٩١٠ — ٩١١ ص ١٣ — لوائحه الاستاذ « دى لا بوميريه De la Pommeray »
فى الحجز على الاشياء المقلدة

(٢) Loi spéciale (٣) دى مجلس ج ٣ ص ٥٧١ ن ٣٠

(٤) Transactions commerciales (٥) Contrefaçon

أو بواسطة غيره كتباً على خلاف ^(١) القوانين واللوائح المتعلقة بملكية تلك الكتب لمؤلفيها أو وضع بنفسه ^(٢) أو بواسطة غيره أى شيء أعطى من أجله امتياز مخصوص ^(٣) لـاحد أفراد الناس أو لشركة مخصوصة . فالشارع يقرر هنا أنه اذا طبع الغير مؤلفات المؤلفين بطريقة تخالف ما هو مقرر باللوائح والقوانين الخاصة بهذا النوع من الملكية أو صنع شيئاً يشبه ما أخذ من أجله أحد الافراد أو شركة من الحكومة امتيازاً خاصاً ، اعتبر ذلك كله تقليداً ^(٤) أى عملاً جنائياً يعاقب عليه القانون . وعلى ذلك تقرر المادة ١٢ مدنى الملكية الفنية والادبية ، والمادة ٣٠٣ عقوبات تقرر جزاء لهذه الملكية على من يعتدى عليها . ولكن الرابطة بين المدنى والجنايى هو القانون الخاص بتنظيم هذه الملكية وبيانات حدودها . فاذا لم يوجد هذا القانون ، ولما يوجد بعد ، استحال تحديد المسؤولية الجنائية لما هى عليها من الدقة . ولكن اذا استحال التكييف القانونى من الوجهة الجنائية فانه لا يستحيل من الوجهة المدنية لانه لاجل تحديد هذه المسؤولية فما علينا الا الرجوع الى المادة ١٥١/٢١٢ مدنى و ١٣٨٢ فرنسى لمعرفة ما اذا كان هناك ضرر أم لا ^(٥) . وما هو مصدر هذا الضرر ان كان من أنواع الخطأ أو من غيره . وعلى ذلك يلزم بتعويض من اعتدى على هذه الملكية اعتداء مصدره الخطأ ^(٦) وتنتج عن اعتدائه لصاحب الحق . هذا من الوجهة المدنية . وأما من الوجهة الجنائية فان تحديد المسؤولية الجنائية متمذر لعدم وجود القانون الخاص كما ذكرنا . وعلى ذلك يجب الحكم ببراءة المتهم بجرمة التقليد مع الحكم عليه بتعويض . لان جريمة التقليد لم تتعين بالقانون الخاص بها الذى لم يصدر بعد . وأما الضرر المدنى فانه قد تعين وتحددت المسؤولية فيه بالمادة ١٥١/٢١٢ مدنى و ١٣٨٢ فرنسى كما ذكرنا ^(٧) ولم يقف

Confectionner (٢)

Au mépris (١)

Contrefaçon (٤)

Privilège exclusif (٣)

Faute (٦)

(٥) دى مجلس ج ٣ ص ٥٧١ ن ٢٢

(٧) أنظر مقال الاستاذ Julien Shaar بمجلة Egypte contemporaine المجلد الاول

الشارع بتقرير جزاء الاعتداء على الملكية هذه بعقوبة جنائية ولا بتقرير المسؤولية بوجه عام على كل من أحدث ضرراً للغير بسبب خطأه أو بأى سبب آخر، بل قرر بالمادة ٣٠٤/٣١٣ عقوبات جزاء آخر فى سبيل رفع الضرر عن المجنى عليه وهو مصادرة الاشياء المقلدة، سواء كانت هذه الاشياء مصنوعة بمصر أو خارج القطر وسواء وجدت تحت يد المتهم بالذات أو شركائه أو تحت يد أى شخص آخر حسن النية أو سيئ النية . وكذلك الحال فيما يتعلق بتقليد الاشياء الصناعية^(١) أو ألحاناً موسيقية^(٢) أو علامات فورية^(٣) اضراراً بمالكها (المادة ٣٠٥/٣١٤ عقوبات) اذ يجوز توقيع العقوبة على من قلد . ونرى أيضاً جواز المصادرة أخذاً بطريق القياس مع المادة ٣٠٤ ولو أن القياس فى العقوبات من المسائل الدقيقة التى لا يرجع اليها الا نادراً جداً . هذا واذا اعتدى المتهم على نزع المؤلفات أو غيرها من حيازة صاحبها اعتبر ذلك سرقة يعاقب عليه طبقاً للمادة ٢٦٨/٢٧٥ عقوبات

هذا بالنسبة للمصريين . وأما بالنسبة للاجانب فانه يجوز لقناصلهم معاقبتهم طبقاً لقوانينهم هم وأخذاً بنظرية الامتيازات الاجنبية المعروفة بمصر^(٤)

٣ - القضاء المصرى والملكية الادبية

والصناعية والفنية

٩٨ - انهم بمبدأ المدائن والقانونه الطبيعى لم يكن النقص فى التشريع المصرى حائلاً يحول بين القضاء والفصل فيما يرفع اليه من دعاوى هذا النوع من الملكية . وربما كان القضاء فى حل من عدم الفصل فى هذه الدعاوى طبقاً للمادة

١٩١٠ من ٨٧-١٢٢ - ش ١ من ٤٦ عدد ٦٩ - م ١، ١٨ من ١٤٤ عدد ٨٢

Objets d'art (١) Productions musicales (٢)

Marques de fabrique (٣)

(٤) دى هلسج - ص ٥٧٦ ذكنا فى آخرها

١٢ مدني في أنها أشارت الى قانون خاص وأن هذا القانون لما يوضع بعد . ولكن القضاء المختلط رأى مع عدم وجود مادة مثل المادة ١٢ أهلى أن يرجع عند سكوت القانون الى العدالة والقانون الطبيعي والمبادئ العامة للقانون (المادة ٢٤ من لائحة انشاء المحاكم المختلطة وتقابل المادة ٢٩ من لائحة انشاء المحاكم الاهلية والمادة ١١ من القانون المدني المختلط) وقرر بأن للمؤلفين وغيرهم من المخترعين وأصحاب الفنون حقوقاً على مؤلفاتهم ومخترعاتهم ^(١) وقرر لها القواعد والاصول التي تحميها من عبث العابثين . وأساس هذه المبادئ هي المادة ١٥١ / ٢١٢ مدني ١٣٨٢ أى المسؤولية ، بمعنى أنه يجوز الحكم بالتعويض على كل من أحدث بغير حق للغير ضرراً بحقوقه المقررة له على مؤلفاته ومخترعاته . وطلبتنا أنه يجوز للقضاء أيضاً أن يستعين بنظرية وسائل الاكراه القضائي ^(٢) حتى لا يعضى المتعدي في تقليده وحتى يقلع بحيث يقف الضرر عند حده

(٣) في المراسلات البريدية أو الخطابات ^(٣)

١ — كلمة عامة

٩٩ — من آثار المدنية الحاضرة المراسلات البريدية ^(٤) وأطوارها العظيمة التي مرت بها في عهد هذه المدنية . ذلك لأن المدنية ورقى الصناعة وانتشار

(١) استثناف م ٣ ديسمبر سنة ٩١٣ م ت ق ، ٢٦ ، ٦٣ (٢) Les astreintes
(٣) التماقد بالمراسلة : الهامة ، ١ ص ١٨٠ — ١٨٥ و ص ٢٣٨ — ٢٤٢ والصحف
الآخرى من نفس السنة الاولى . ورأيتنا هنا أن تأتي بما سبق لنا أن كتبناه عن هذا الموضوع
بالجزء الاول ص ٢٩٤ — ٣١٨ من كتابنا في اثبات الالتزامات ، مع شيء من التنقيح
وقصرنا القول هنا على ما يتعلق بالمسكية وما يترتب عليها من الاحكام المختلفة . وأما فيما يتعلق بقوة
اثبات الخطاب فانظر ص ٣٠٨ — ٣١٥ من كتابنا المشار اليه . وما يتعلق بالرسائل البريدية
أو البرقيات انظر ص ٣١٦ من كتابنا المذكور . وما يتعلق باعتبار الخطاب انذاراً انظر كتابنا
في الالتزامات ص ٢٦٣ ن ٢٧٧ وما بعدها

Lettres missives (٤)

التجارة ومسهولة المواصلات برأ وبحراً وهواء (بالطائرات والبالونات وتحت الماء بالفواصات) قد جعلت للمخاطبة بالمكاتبات التحريرية والرسائل البرقية سواء بالتلغراف السلكي أو اللاسلكي أو بالتلفون السلكي أو اللاسلكي شأنًا عظيمًا في عالم المدنية بما يكون له من الأثر الظاهر في عالم القانون أيضاً . والقانون في كل طور من أطوار حياة الانسان انما يمثل حالة المدنية ومبلغ نصيبها من الرقي أو وقوف حركتها فهو كالمرآة للعصر الذي يوضع فيه لانه يحكى بصدق ما تحلى به الناس في عصرهم من الاخلاق وما امتازوا به من المزايا الخاصة بدورهم الزمني من الادوار وما هم عليه من المدنية . ولقد جاء قانون نابليون سنة ١٨٠٤ ووضع المحكم حتى احتذته جميع الشرائع الأخرى الأوروبية التي جاءت بعده . ورأت فيه مثالا صالحا لشرائعها تأخذ عنه الاصول القانونية الرئيسية وتترك ما لا يلتئم مع طبائعها التي ترجع لتقاليدها وعقائدها وأمزجتها الطبيعية . ولكن مع رقي هذا القانون الفرنسي ومع ما وصل اليه من الدقة والعناية في تقرير القواعد الاصولية للقانون فانه لم يشر الى المراسلات البريدية في أى نص من نصوصه . وذلك كله لأن التخاطب بالبريد لم يكن قد وصل الى ما وصل اليه في الوقت الحاضر من ذلك الرقي العظيم . والفضل في وصوله الى هذه الدرجة الكبيرة هو رقي المدنية ووصولها الى ما ترى من آثار التجارة وشق عباب البحار بالسفن التجارية (وربما بالفواصات أيضاً) وقطع المسافات الطويلة بالسكك الحديدية والطائرات . ولقد بلغ من عناية الحكومات بمسائل الاتصال أن جعلت لها وزارة خاصة تسمى بوزارة المواصلات لان المواصلات أصبحت الاساس الاول الذي ترتكز عليه المعاملات التجارية بين الافراد ، بحيث اذا تعطلت المواصلات وقف دولا ب الحركة العامة وكان له رد فعل بين الناس وظهرت امارات الازمات الاقتصادية على اختلاف أنواعها والضائقات المالية وغير المالية وتناول العسر أفراداً عديدين وتقام الخطب فيهم بما يقلل من موارد ما يرد من الخارج ويبور مما ينتجه البلد في الداخل أكثر من حاجته

أما الشرائع الحاضرة المدنية فانها عنيت بالتشريع للمراسلات على اختلاف أنواعها سواء كانت البريدية أو الكهربائية باشكالها المختلفة ووضعت لها قواعد وأصولاً رجعت في تقريرها الى الحالات العمرانية التي نشأت عن المدنية ورقى الصناعة والتجارة وانتشار كثرة المعاملات بين الناس

والقانون المصري على حداثة عهده. ولكونه يعتبر أيضاً في مصاف القوانين المصرية فانه لم يشر بكلمة الى المراسلات. فالقانون المختلط الذي وضع سنة ١٨٧٥ خلو من ذكر أى نص يتعلق بالمراسلات وكذلك القانون الاهلى الذي وضع سنة ١٨٨٣. وهذا نقص عظيم في القانون المصري ما كان يجدر بالشارع أن يفيض الطرف عنه لان أحكام المحاكم الفرنسية كانت قد فاضت لفاية سنة ١٨٧٥ وسنة ١٨٨٣ وكثرت مؤلفات الشارحين في نظرية المراسلات

أما القوانين غير المصرية التي لم تسن شيئاً للمراسلات فانها مع خلوها من مثل هذه النصوص فان المحاكم لم تعدم وسيلة قانونية وأصلاً قانونياً في تقرير بعض القواعد الخاصة بالمراسلات ؛ ولقد أكثر المؤلفون الفرنسيون في هذا الموضوع ورتبوا له أحكاماً وقواعد استقت أصولها من روح التشريع وأصول العمران والمناسبات الاجتماعية الحاضرة على ضوء الاصول. القانونية الرئيسية للقانون. وأجل المؤلفات في هذا النوع كتاب للناطقة القانوني المصري «جيني»^(١) وعنوانه «المراسلات»^(٢) وضعه سنة ١٩١١ في جزئين قد شحنتهما بالابحاث القانونية المستفيضة وجعله تطبيقاً للقواعد القانونية المتينة التي شرحتها سنة ١٨٩٩ بكتابه المعروف في «وسائل التفسير»^(٣) والذي أعاد طبعه أخيراً الطبعة الثانية سنة ١٩١٩ في جزئين، وجعله تطبيقاً أيضاً «للاصول الفنية والعلمية للقانون الوضعي»^(٤) وهو الكتاب الذي ظهر منه الجزء الاول سنة ١٩١٤

Lettres missives (٢)

F. Géný (١)

Méthod d'interprétation (٣)

Science et technique en droit privé positif (٤)

والثاني سنة ١٩١٥ والثالث سنة ١٩٢٢^(١) ولقد عرف هذا المؤلف في مؤلفاته بالبحث العميق والدقيق جداً وبالفصوص وراء الأغراض الاجتماعية وتعزيزها ليس فقط بالنصوص بل بالأدلة العقلية وأصول العمران^(٢)

٢ - في الخطاب وحق المرسل والمرسل اليه فيه

١٠٠ - الخطاب عمل من أعمال المرسل فهو في يد صاحبه ملك له يتصرف فيه كيف يشاء . يكتب ويمحو ويضيف ويحذف . ولكن اذا خرج منه الخطاب ووصل الى المرسل اليه أصبح للمرسل اليه حق الاشتراك في الملكية معه . فكانه مشاع بينهما^(٣) أو أنه وديعة في يد المرسل اليه له مصلحة في الوديعة بالاشتراك مع المرسل^(٤) أو أنه تملك بطريق الهبة^(٥) فصلاحة المرسل اليه ظاهرة بعد وصول الخطاب اليه وبعد تقض المرسل يده منه . ومهما كان من الاعتراض على

(١) ويظهر أن المؤلف جيني Gény كان يشتغل بوضع كتاب المراسلات سنة ١٩١١ في الوقت الذي يشتغل فيه أيضاً بوضع كتاب الاصول الفنية والعلمية للقانون الوضعي . ويستدل ذلك من مقدمته بالجزء الاول من هذا الكتاب لانها اشارت الى محاضرة جليلة الشأن كان القاها سنة ١٩١٠ وكانت هي السبب أيضاً في اخراجه للكتاب الاخير

(٢) ويحكى هذا المؤلف في دقته واتساع مناحي إبحائه المؤلف المروف «دوجي» Duguit بالقانون النظامي العام Droit public لان هذا الاخير رجع في كثير من اصوله القانونية التي يقرها الى نفس الدقة والافاضة التي اتبعها جيني

ولقد تمهدنا بذكر هذين المؤلفين بشيء من التطويل لانما جذبران حقيقة بأن يذكرنا في كل آن ومكان لان خدماتها العلمية قد أحدثت الآن في العالم القانوني ثورة علمية كان لها الاثر الظاهر في القضاء والفقه . وها هي أحكام المحاكم الفرنسية تنحوي نحو جيني في روح عمله العلمي . وكذلك القضاء الاداري بفرنسا بأحكام مجلس الحكومة Conseil d'Etat فانه سار شوطاً بعيداً في الرق القانوني بما يطابق ، ولو من بعض الوجوه ، بعض ما يرى اليه « دوجي »

(٣) استثناف نانسي Nancy ١١ مارس سنة ١٨٦٩ س ٦٩ ، ٢ ، ١١٣ واستثناف « ليموج Limoges » ١٢ فبراير سنة ٩٤ س ، ٩٥ ، ٢ ، ١٧ — د ، ٩٥ ، ٢ ، ٣٧٠

(٤) استثناف ليموج Limoges ١٧ يونيو سنة ١٨٢٤ S. Chr. C. N. VII, 2, 383

وانظر أيضاً جيني Gény ج ٢ ص ١٩٤ — ١٩٥ ن ٧٤ بكتابه المراسلات Lettres missives

(٥) محكمة طابدين الجزئية في ١٤ يناير سنة ١٩١٣ ج ٢٧ ص ٥٢

الملكية المشاعة أو الوديعة^(١) أو الهبة فإن حق المرسل قد ضعف بخروج الخطاب من يده . ولكن يقوى هذا الحق إذا تبين من ظروف ارسال الخطاب ومن الرابطة القانونية القائمة بين المرسل والمرسل اليه أن ملكية الخطاب لم تزل بخروجه من يد المرسل الى يد المرسل اليه وأن هناك قيداً مستفاداً من تلك الظروف . فإذا طلب المرسل الى المرسل اليه في الخطاب تمزيقه لمجرد وصوله وبعد تلاوته فلا يجوز في هذه الحالة للمرسل اليه أن يستخدمه لغرض له^(٢) الا اذا تبين بأن له مصلحة في بقاءه وأنه قد ترتب له حق بهذا الخطاب لان المرسل لا يملك في هذه الحالة أن يحرم ما يتقرر لغيره من الحقوق . وربما طلب المرسل تمزيق الخطاب حتى لا يجد المرسل اليه دليلاً يستند اليه فيما بعد ضد المرسل . وكذلك تزول الملكية المطلقة عن المرسل اليه اذا كانت الخطابات متبادلة بين رب العمل وعمله من كتبة وخلافهم^(٣)

١٠١ — وأما اذا كان الخطاب سرياً فإن الملكية لا تنتقل الى المرسل اليه على اطلاقها لأنه وان وصله من طريق المرسل وبمحض رغبته وبنية التخلي عنه^(٤) فإن المرسل اليه مع ذلك لا يستطيع التصرف فيه كما يتصرف المالك العادي في منقول مملوك له فلا يجوز له أن يستخدمه في أى وقت يشاء ويطلع الغير على ما جاء به أو يقدمه في الدعاوى ألملم القضاء فتبادل المرافعات الشفوية بشأنه وتزول عنه حرمة السر الذي يكون قد احتواه الخطاب . وقد ينجم عن افشاء السر أضرار مادية وأدبية اما بالمرسل أو بالغير أو بأى شخص آخر غير المرسل والمرسل اليه

١٠٢ — والخطاب في ذاته يتكون من عنصرين ، عنصر مادي وهو ذات الخطاب باعتباره منقولاً مادياً يملكه المرسل اليه من وقت استلامه له . وعنصر

(١) باردج ٤ ص ١٧٠ — ١٧٢ ن ٢٤٦٠

(٢) النقض الفرنسي ٩ فبراير سنة ١٨٨١ س ، ٨١ ، ١٩٣ ، ١٨٢ ، ٨٢ ، ٧٣

(٣) استئناف ييزانسون Besançon ٢٧ مارس سنة ١٨٨٩ ، ٩٠ ، ٢ ، ١٧

(٤) Animo donandi

أدبى^(١) وهو ما احتواه الخطاب باعتباره مظهراً لارادة المرسل ومشرحاً لأرائه . وفى هذه الحالة لا يملك المرسل اليه اذاعة ما ورد بالخطاب الا برضاء المرسل رضاءً صريحاً أو ضمناً ، الا اذا ترتبت للمرسل اليه مصلحة ظاهرة وكان فى نزاع مع المرسل . وللقضاء سلطة ظاهرة فى تقدير سرية الخطاب وغرض المرسل اليه من النشر فيما اذا كان منصرفاً الى نية الايذاء بالمرسل اليه والنيل منه^(٢)

١٠٣ - واذا كان الخطاب السرى لا يملكه المرسل اليه ملكية مطلقة فيحظر عليه استخدامه فيما يضر المرسل أو الغير فإن هذا القيد ينتقل أيضاً الى ورثته باعتباره حقاً من الحقوق التى توجد بتركته . وعلى ذلك فما حظر على المورث يحظر أيضاً على الورثة فلا يجوز لهؤلاء استخدامه بعد وفاة مورثهم فيما يضر المرسل أو الغير . على أن القضاء الفرنسى قد ذهب ببعض أحكامه فى تقرير هذا المذهب الى أبعد من ذلك حيث قرر بأن الخطاب السرى من أصله لا يقبل الانتقال من يد الى يد ولا يصح أن يكون محلاً للتوارث فيه . وعلى ذلك يجوز للمرسل أن يطلبه الى ورثة المرسل اليه بعد وفاة المورث وأن يمنعهم من استخدامه أو الاطلاع عليه أو العلم بما جاء به^(٣) وذهب البعض الآخر الى عكس ذلك حيث قرر بأن كل ما يحظر على الوارث هو ما يحظر على مورثه فقط ولا يجوز

Élément intellectuel (١)

(٢) استئناف م ٢٣ ابريل سنة ٩٢٥ م ق ، ٣٧ ، ٣٥٨ أنظر موسوعات كارباتيه تحت عنوان *Lettres missives* ن ٢٠٣ وعلى الاخص ن ٢٠٩ وما بعدها -- وانظر حكم محكمة عابدين الصادر فى ١٤ يناير سنة ٩١٣ المتقدم ذكره . - قارن استئناف م ٩ مايو سنة ٩٨٩ م ق ، ١٠ ، ٢٦٤ ج ١ ع ن ١٠٢٩ تحت عنوان الخطابات الخاصة *Correspondance privée* - ولورثة نفس الحقوق المقررة لمورثهم المرسل سواء كان فيما يتعلق بملكية الخطاب بالثبوت أو فيما يتعلق بكيفية استعمال هذه الملكية : حكم ٢٣ ابريل سنة ٩٢٥ المذكور . وموسوعات كارباتيه الجزء السابق ن ٢٢٦ . ودالوز براتيك بعنوان *Lettres missives* ن ٥٥ وما بعدها - واذا حصل نزاع بشأن ما ورد بالخطاب جاز للمرسل أن يطلب الى القضاء تكليف المرسل اليه تقديم الخطاب ، فاذا امتنع المرسل اليه فسر القضاء هذا الامتناع بما يراه : موسوعات الباندكت ج ٣٨ ص ٥٨٣ ن ١٢ وما بعدها ن ٣٤٣ و ٣٤٤

(٣) استئناف اورليان *Orléans* ٢٩ يوليو سنة ٩٦ م ، ٩٦ ، ٢ ، ٢٤٨

أن يتعمده وأبقى للوارث حق حيازة الخطاب السري ومنع المرسل من استرداده منه ^(١) ولقد شايخ الفقهاء الفرنسيون قضاءهم في هذا الرأي وبعض الفقهاء البلجيكيين ^(٢) وقد أخذ بهذا الرأي أيضاً « بارد » ^(٣) وحجته في ذلك أن المرسل اليه يعتبر مالكا للخطاب ولا يحرم من حيازته له على شرط أن لا يبيع السر المكنون فيه الا اذا وجد سبب مشروع لهذه الاباحة

١٠٤ — واننا لا نستطيع الأخذ بما قرره « بارد » وما قرره من قبله « لاجريس » ^(٤) و « هانسين » ^(٥) بل نأخذ بما قرره حكم محكمة أورليان الصادر في ٢٩ يوليو سنة ٩٦ الذي أشرنا اليه بالهامش وهو اعطاء الحق للمرسل في طلب استرداد الخطاب السري من ورثة المرسل اليه ومنعهم من استخدامه أو الاطلاع عليه أو العلم بما جاء به ، وزى أن سر الخطاب أمر يلاحظ فيه الاشخاص بالذات. والمرسل عند ما يرسل خطابه الذي يحمل شيئاً من السر فإنه يعتمد على ثقته بشخص المرسل اليه . وقد يحصل أنه يعتمد على ثقته بالمرسل اليه لأبوالاده أو ورثته بوجه عام لأنه من المحتمل كثيراً أن تتفاوت أخلاق المورث مع أخلاق ورثته خصوصاً اذا لم يترك عصابة فيرثه اخوته وأخواته أو ذوو رحم وربما تكون مسافة الخلف في الاخلاق والتربية والبيئة بعيدة بحيث يخشى معها على أن يكون سر الخطاب محفوظاً بخاطر الافشاء والذيع . واذا اعتبر في بعض الاحيان ان الخطاب مشاع بين المرسل والمرسل اليه بالذات فان عماد هذا المشاع الشخصية الذاتية للشركاء . وتزول هذه الشخصية بوفاة أصحابها ، وبذا تنحل عروة المشاع

(١) استئناف تولوز Toulouse ٦ يوليو سنة ٨٨٠ س ، ٨١ ، ٢ ، ١١٥ — ملحق دالوز تحت عبارة Lettre missive ن ٢٩

(٢) Legris, du secret des lettres missives 1894, n. 103. Hansseins
du secret des lettres, Bruxelles, 1890, n. 194.

(٣) بارد ج ، ص ١٧٢ الهامش ٣ في الجزء الاخير منه . مع ملاحظة أن الهامش ابتداء

في ص ١٧١

Hansseins (٥)

Legris (٤)

وتفنى . والمرسل هو صاحب السر والمرسل اليه هو أمينه فوجب رد الأمانة لصاحبها عند زوال الأمين بالذات . وأما القول ببقاء الخطاب تحت يد الورثة وأنه يحظر عليهم ما حظر على مورثهم فلا ضمان له لأن الثقة الأولى تعلقت بذات شخص المرسل اليه وقد زالت بزواله ولانه يخشى أن الورثة يستخدمون الخطاب فى مآرب لهم من طريق اطلاع الغير عليه ولو من طريق غير علنى الا أن فيه على كل حال افشاء للسر وهذا يتعارض مع ما كان يرمى اليه المرسل عند ما أرسل خطابه الى ذات المرسل اليه . أما اذا ترتب للورثة حق فى الخطاب السرى كأن كان يشمل هذا الخطاب مسائل أخرى تعتبر مصدراً لحقوق يحميها القانون للورثة فانه فى هذه الحالة لا يحرمون من حق الانتفاع بالخطاب بالتقدير اللازم لحماية الحق ليس الا

٣ - هل للمرسل اليه أن يقدم خطاباً حاوياً لمسائل سرية

فى دعوى بينه وبين المرسل أو بينه وبين الغير ؟

١٠٥ - ان سبر الخطاب أمر يتعلق بالحرية الشخصية ، والسر أمانة من أماراتها . فكما أنه يجوز لكل فرد مخاطبة أى فرد آخر فى الجهر والعلانية ، فله هذا الحق فى الخفاء . ولا يجوز لأى سلطة الافتيات على المخاطبة العلنية أو الخفية ما دام أنها لم تتعد دائرة القانون . وفى اشراف السلطة الحاكمة على المخاطبة بين الناس ضياع لحرية الكتابة ومساس كبير بحرية التفاهم . فالمخاطبة الشفوية يجب أن تكون حرة وكذلك الحال بالنسبة للمخاطبة بالكتابة فلا يجوز فرض ظرف وفتحه والاطلاع على ما فيه لما فى ذلك من افشاء أسرار الناس والاطلاع على ما يكونون قد أرادوا كتمانها لأى سبب من الاسباب . ومصادرة الناس فى مخاطبتهم الشفوى أو التحريرى افتيات ذو أثر ظاهر على حرية الناس وتعطيل كبير للمعاملات ورفع ثقة التبادل مدنياً وتجارياً وتشويه للتواد الاخوى بين الناس وذوى قرباهم وأنسابهم وأصدقائهم . إلا أنه قد تطرأ ظروف تبيح للسلطة الحاكمة الحماية المساس بهذا الحق خدمة للمصلحة العامة عند اعلان الاحكام العرفية لحرب أو ثورة أو اضطراب . ويكون

يجوز تقديم الخطاب السرى فى دعوى اذا ترتبت مصلحة للمرسل اليه ١٥٣

الفرض من الاباحة هذه خدمة المصلحة العامة حتى لا يتفهم بعض الافراد ذوى الأغراض الضارة ، بالكتابة فيما يضر بالامن العام والطأينة الشاملة . ولكن عند زوال السبب وقع الاضطراب ووضع الحرب أوزارها تعود الحرية الشخصية الى ما كانت عليه من قبل وترفع الرقابة^(١) عن الرسائل وينطلق كل فرد فى التخاطب مع مخاطبه بما يشاء وكيف يشاء . ولما كان سر المخاطبة بالكتابة أمراً يرجع للحرية الشخصية ، ويحصل أن يشمل الخطاب مسائل سرية يكون من وراء افشائها تشويه لسمعة المرسل أو سمعة الغير أى غير المرسل والمرسل اليه ، ترتبت على ذلك قواعد لحماية من يشعر بأن فى افشاء السر ضرراً به . ومن شأن هذه القواعد اما ان تمنع افشاء السر وهو ما يسمى بالطرق الواقية أو المانعة^(٢) أى يكون من شأنها الحظر فى تقديم الخطاب^(٣) . واما التقليل بقدر ما يمكن من قدر الافشاء والتضييق من دائرته حتى لا يعلم به الكثير ويكون ذلك بسحب الخطاب من أوراق النزاع واستبعاده منها . واما بوسائل تأديبية^(٤) فى اذا حصل الافشاء . وفى هذه الحالة جاز لمن أضره الافشاء مطالبة المتسبب فى الضرر بتعويض مقابل هذا الضرر أو طلب معاقبته أمام القضاء باعتبار أنه ارتكب أمراً مخالفاً لقانون العقوبات فى بعض الاحوال

اذ علم ذلك وجب علينا أن نبين هنا الاحوال التى يجوز فيها للمرسل اليه تقديم الخطاب الوارد له فى الدعوى المقامة والاحوال التى لا يجوز له فيها تقديمه ١٥٦ — فالاحوال التى يجوز فيها للمرسل اليه تقديم خطاب وصله من المرسل هى الاحوال التى يكون له فيها مصلحة ظاهرة مهما كان الخطاب سرياً . فاذا اشتمل الخطاب على قبول من المرسل فى عقد بعد ايجاب من المرسل اليه وتم العقد بين الاثنين وانكر المرسل صدور ايجاب منه ووصول القبول اليه جاز للمرسل اليه أن

(١) Censure (٢) Mevens préventifs

(٣) كتاب جينى فى المراسلات ج ١ ص ٢٠٤ — ٢٠٦

(٤) Moyens repressifs كتاب جينى فى المراسلات ص ٢٠٦ — ٢٠٧ ج ١

يقدم الخطاب الشامل للقبول أو المشير للإيجاب في الدعوى وجعله ضمن مستنداته بها حتى ولو كان الخطاب شاملاً لمسائل أخرى سرية يترتب على إفشائها ضرر بالمرسل لأن المرسل اليه لا يستطيع اثبات تمام التعاقد بتوافر الإيجاب والقبول إلا إذا قدم الخطاب . ولا يصح أن يقف في طريق اثبات حقه ورود بعض المسائل السرية بالخطاب لما في ذلك من ضياع الحق لا بعمل المرسل اليه بل بعمل المرسل وإذا خاف المرسل عاقبة الإفشاء من ضرر يلحقه فما عليه إلا أن يقر المرسل اليه على ما يدعيه إذا كان ما يدعيه صحيحاً والا إذا أصر على العناد فلا يلوم من إلا نفسه، وهذا أخذاً بالقاعدة القائلة بأنه لا يجوز لأحد أن يستفيد، ضد خصمه، من عمله الخاص به . والا لو اجيز عدم تقديم الخطاب ضمن أوراق النزاع لمجرد ورود مسائل سرية به لترتب على ذلك ترويع الغش والتدليس^(١) لأنه يكون من السهل على المرسل أن يدس في خطابه مسألة سرية يعتمد عليها في حالة ما إذا كان يرى فيها بعد أن الصفقة غير رابحة فيرجع اليها كلما لمح بارقة أمل من ورائها للخروج من مأزق النتائج القانونية الناشئة عن العقد

أما حق المرسل اليه في تقديم الخطاب ضمن أوراق النزاع فهو موقوف طبعاً على أنه حق صحيح . أعني أنه يجب أن يكون النزاع جدياً بين الطرفين وخصوصاً بتعاقد قانوني . فإذا ادعى المرسل اليه الاستناد الى خطاب لا ثبات براءة ذمته أو اثبات حصول تعاقد تام بالإيجاب وقبول أو اثبات اقرار غير قضائي أو اعتبار الخطاب مبدأ دليل بالكتابة أو الاستناد اليه لمطالبة المرسل بتعويض نظير عبارات السب الواردة بالخطاب أو اثبات صورية عقد ، جاز له في هذه الحالات كلها تقديم الخطاب ، ولا يحول دون ذلك ادعاء المرسل بوجود مسائل سرية به^(٢)

(١) بارد ج ٤ ص ١٧٣ ن ٢٤٦١

(٢) بارد ج ٤ ص ١٧٣ ن ٢٤٦١ — النقص الفرنسي ٥ مايو سنة ٩٧ س ، ١ ، ٩٠١ ، ٤٥٤ — د ، ٩٧ ، ١ ، ٣٨٥ — أبري درو الطبعة الرابعة ج ٨ ص ٢٨٩ — ٢٩٠ للنس والتبايق ٢ — استئناف ليوج Limoges ١٢ فبراير سنة ٩٤ س ، ٩٥ ، ٢ ، ١٧ ومقال « البريتسييه Albert Tissier » على هذا الحكم — د ، ٩٥ ، ٢ ، ٣٧ ومقال « فاليري Valéry » على هذا الحكم أيضاً

١٠٧ — وأما ما قال به بعض الشارحين المتقدم ذكرهم من الخطر في تقديم الخطاب بواسطة المرسل اليه فيما اذا احتوى على بعض مسائل سرية ، ومهما كان نوع النزاع بين الطرفين لاثبات عقد أو نفيه ، فاننا لا نستطيع مجاراتهم في هذا الرأي لانه يذهب بآثار المعاملات بين الناس ولا يروج المراسلات البريدية والبرقية في مجال التعامل بها . وفوق ذلك فانه يروج كما قلنا الغش والخدعة من جانب من لا يحرصون على شرف المعاملة فيدسون بالخطابات المتعلقة بالمعاملات القانونية مسائل سرية لتكون ذريعة لهم في الاوقات المناسبة الاحتمالية لقضاء لباثاتهم أو أنهم يتحينون فرصة ورود مثل هذه المسائل بالخطاب ويستندون اليها درأً للنتائج القانونية المترتبة مما جاء بالخطاب من غير المسائل السرية

واذا ظهر بأن الغرض الذي يرمى اليه المرسل غير جدى وأن ما يقصده هو مجرد التشفي والتشهير بخصمه ولا يقصد بالدعوى الوصول الى حق صحيح يحميه القانون ويبيح فيه افشاء السر لمصلحة الحق ، جاز للقاضى العمل على عدم الافشاء واستبعاد الخطاب من أوراق الدعوى حتى لا يضار الناس في سمعتهم بما تلوكة السنة السامعين وبما يتناقله الناقلون وبما يصبح مع التواتر في النقل مضغة في أفواه المتسامرين^(١)

٤ — في حق الغير بالنسبة للخطاب

١٠٨ — يحتوى الخطاب أحياناً على مسائل يكون للغير شأن فيها . ويحصل أن المرسل يكتب في الخطاب لمناسبة هامة أو غير هامة شيئاً كثيراً من هذه المسائل ويكون من شأنها اما اقرار بتعاقد مدنى أو تجارى أو إيجاب أو قبول بشأن تعاقد مشروع فيه ويكون المرسل اليه واسطة أو غير واسطة . واما أن يحتوى الخطاب على عبارات مهينة بكرامة الغير . وفي هذه الحالة اما أن يكون

(١) استئناف أورليان Orléans ٢٩ ديسمبر سنة ٩٦٠ س ٢٤٨٠٢٠٩٦٠ — ٩٧٠٢

الخطاب لا يشمل مسائل سرية بالمرّة واما أن تكون عباراته خاصة بمسائل سرية هامة تتعلق بالمرسل . ولكل حالة من هذه الاحوال حكم قانوني يتفق مع المبادئ القانونية العامة ومع حرمة المراسلات

الحالة الاولى : فيما اذا كان الخطاب لا يتعلق بمسائل سرية تهم المرسل :
اذا كان الخطاب غير سرى بالنسبة للمرسل وظهرت مصلحة للغير فيه جاز لهذا الغير استخدام هذا الخطاب في نزاع بينه وبين المرسل ^(١) ولما كان الخطاب في حيازة المرسل اليه ويده عليه يد مالك تقريباً فلا يمكن حينئذ تقديمه الا برضاء المرسل اليه . فاذا تم الغير بتقديم هذا الخطاب جاز للمرسل اليه التدخل في مسألة تقديمه والدخول خصماً ثالثاً في الدعوى وله أن يطلب استبعاد الخطاب باعتبار أنه لا يوافق على وجوده بملف الدعوى . وفي هذه الحالة يجب عدم قبول الخطاب ضمن أوراق النزاع واذا تقدم الخطاب جاز للمرسل اليه طلب استبعاده . أما اذا كان المرسل اليه سلم الخطاب للغير لاجل تقديمه بالدعوى أو سلمه اليه وبقي تحت يد الغير زمناً طويلاً بحيث يستفاد من ظروف التسليم وطول الزمن أنه رضى رضاً ضمناً ان لم يكن صريحاً بقبول تقديمه فليس له الاحتجاج بعد ذلك على تقديمه ما دام قد رضى به لأن الرضاء سواء كان ضمناً أو صريحاً فهو يؤدي الى نتيجة واحدة من الوجهة القانونية ^(٢)

ووجود الخطاب تحت يد الغير اما أن يكون آتياً بطريق رضاء المرسل اليه صراحة أو ضمناً كما ذكرنا واما أن يكون بطريق غير مشروع قانوناً . ففي الحالة الاولى يجوز للغير تقديمه على شرط أن لا يكون لغير غرض التقديم . فاذا أودع

(١) فاذا أرسل صاحب دعوى لوكيله خطاباً يخبره فيه بمحصل الصالح بينه وبين خصمه فلا يجوز له الاحتجاج على تقديم هذا الخطاب ووجوده بالدعوى المطروحة بينه وبين خصمه لانه لا يعتبر خطاباً سرياً بالمعنى القانوني الذي لا يبيح تقديمه الا برضاء المرسل والمرسل اليه : استئناف ٢١ أبريل سنة ١٩٢٠ م ت ق ، ٣٢ ، ٢٨٤

(٢) باردج ٤٥ ١٧٥ ٢٤٦٣ — استئناف باريس ٢ ديسمبر سنة ١٩٨٠ د ، ٩٠٠ ،

في خروج الخطاب السرى من يد المرسل اليه بوسائل غير مشروعة ١٥٧

تحت يد الغير على سبيل الامانة فلا يجوز تقديمه بغير رضاء المرسل اليه الا اذا طال أجل الامانة بما يفيد الرضاء ضمناً بتقديمه كما ذكرنا . وفي الحالة الثانية أى اذا سرق الخطاب من المرسل اليه أو اختلس منه بأى طريقة ما أو أحتيل عليه بطريق النفس ووسائل الاحتيال المختلفة^(١) فيعتبر ذلك انتهاكاً لحزمة الملكية سواء كان الغير شريكاً في الاحتيال أو لم يشترك بالمرّة ثم وصله الخطاب بعد ذلك^(٢) ويجوز له حينئذ المعارضة في تقديمه أو اذا تقدم فانه يجوز له أن يسجبه من أوراق النزاع حتى ولو تبين بأن للغير مصلحة مشتركة مع المرسل اليه بشأن هذا الخطاب^(٣) لانه عند وجود المصلحة المشتركة بين المرسل اليه والغير فانه يجوز لهذا الاخير تقديمه في نزاع قائم بينه وبين المرسل حتى ولو لم يكن هناك رضاء من قبل المرسل وكانت هناك معارضة من قبله . كل هذا على شرط أن لا يكون الخطاب قد سحب من يد المرسل اليه بطريق الخدعة ووسائل الاحتيال أو بأى وسيلة غير مشروعة^(٤)

ومن هنا نرى أن مصلحة الغير اذا ظهرت بالخطاب المرسل الى المرسل اليه ترتب له حق على الخطاب فله تقديمه في نزاع بينه وبين المرسل ولو عارض المرسل اليه . وأما وسائل الاحتيال فان القانون لا يبررها حتى ولو استخدمت لسبب مشروع . انما الذى يمكن أن يتفاضى عنه القانون هي وسائل الخدعة المباحة التى يستخدمها الغير فى الحصول على الخطاب الذى يثبت له مصلحة متى كانت هذه الوسائل لم تصبغ بصبغة أخرى غير مشروعة كالسرقة والاختلاس والنصب

(١) *Manœuvres dolosives* (٢) بارد ح ٤ ص ١٥٨ — دالوز موسوعات تحت عبارة *Lettre missive* ن ٧٩ — استئناف محكمة « رين » ٢٦ يونيو سنة ٧٤ ص ٣٤٢ ، ٧٥ ، ٧٥ — والنقض الفرنسى على هذا الحكم فى ٣ مايو سنة ٧٥ ، ص ١ ، ١٩٧ — ١٨٣ ، ١ ، ٧٥ ، د — ١٨٣ ، ١ ، ٧٥ ، د — والنقض فى ١٩ يونيو سنة ٩٥ ، ص ١ ، ٣٢٥ ، ١٩٦ ، د ، ٢٠ — استئناف م ٩ مايو سنة ٨٩ م ت ق ١ ، ٢٦٤

(٣) دالوز موسوعات تحت عبارة *Lettre missive* ن ١٠

(٤) *Moyen illicite*

شخصية لا شأن للمصلحة العامة فيها — أن تتمشى عليها القواعد المقررة بشأن النظام العام والمصلحة العامة في المسائل الجنائية وهي الخاصة بعدم انتهاك حرمة سر الخطابات^(١)

وإذا تقدم الخطاب من الغير ولم يعارض فيه المرسل ولا المرسل اليه فهل يجوز لمن تقدم الخطاب ضده ، وهو غير هذين الأخيرين ، أن يعارض هو الآخر في تقديم الخطاب باعتباره أنه سرى وأنه لا يجوز افشاء الاسرار خدمة للمصلحة العامة واحتراماً للاخلاق التي تهتم جميع الافراد ؟ ان الآداب العامة وحرمة الاسرار تحول دون استخدام الخطاب السرى وسيلة للحكم في دعوى يرجع للفصل فيها الى تشويه سمعة الناس . ولذا أفتى رجال القانون في هذه الحالة بأنه اذا عارض الشخص المرفوعة عليه الدعوى من الغير في تقديم خطاب سرى ودون أن يعارض المرسل والمرسل اليه لجهلهما بالدعوى القائمة فانه يجب في هذه الحالة رفض تقديم الخطاب ، واذا تقدم فيستبعد من أوراق النزاع^(٢) . وأما اذا علم المرسل والمرسل اليهما بتقديم الخطاب ، ورضيا بتقديمه صراحة أو ضمناً من طريق السكوت والاعضاء فلا يجوز لخصم أن يعارض في تقديمه وأن يمنع الغير من الانتفاع به ما دام أن من لهما مصلحة في أن يظل الخطاب سرّاً مكنوناً في عالم الخفاء قد رضيا بذلك . على أن فريقاً من الشارحين يرى أنه لا بد من الحصول على رضاء صريح من المرسل والمرسل اليه بتقديم الخطاب السرى وأنه

(١) بارد ج ٤ ص ١٧٧ ن ٢٤٦٥ واذا كان الخطاب مرسل من صاحب العمل الى أحد عماله واشتمل الخطاب على مسائل سرية بالنسبة للعمل فانه لا يجوز في هذه الحالة للعامل المرسل اليه أن يسلم هذا الخطاب للغير . واذا تسلم اليه فلا يجوز لهذا الغير استعماله والانتفاع به في الدعوى أمام القضاء . وعلى ذلك يجوز لصاحب العمل وهو المرسل أن يطلب في أي وقت يشاء استرداد هذا الخطاب ويجب تسليمه اليه (استئناف م ١٠ فبراير سنة ٩٢ م ت ق ، ٤ ، ١٣٤ — ١٣٥) الا أنه اذا تقدم مثل هذا الخطاب المتقدم ولم ينزع صاحب العمل فيما جاء به ولم ينكر امضاه واقتصر فقط على سحبه من ملف الدعوى جاز لمن يستفيد من هذا الخطاب — بعد أن يسحبه صاحبه من الدعوى — أن يثبت ما جاء به بشهادة الشهود (استئناف م ١٢ نوفمبر سنة ٩٦ م ت ق ٩ ، ١٨٠)

(٢) بارد ج ٤ ص ١٧٧ ن ٢٤٦٥ والمؤلفين الواردة أسماؤهم بالهامش ٢

يجب على القاضى أن يتحقق من هذا الرضاء الصريح بما يفيد حصوله فى الواقع والحقيقة (١)

واذا كان المرسل والمرسل اليه خصمين فى النزاع ولم يمارضا فى تقديم الخطاب وتنازلا عن التمسك بسر الخطاب فلا يجوز للمحكمة أن تدفع من نفسها بسر الخطاب لان هذا الدفع ليس من النظام العام بل هو شرع لمصلحة الفرد دون الجماعة . واذا لم تحصل المعارضة فى تقديمه أمام محكمة أول درجة فلا تجوز المعارضة فى الاستئناف لأن الافشاء الذى كان يخشاه من له مصلحة فى بقاء السر مستوراً قد وقع بالدرجة الاولى وحصلت المناقشة بشأن ماورد بالخطاب . وبوجه عام لا يجوز التمسك بسر الخطاب والمعارضة فى تقديمه اذا ظهر بأن الافشاء قد وقع بالفعل . فاذا سبق وتقدم الخطاب امام محكمة جنائية (محكمة مخالقات أو جنح أو جنائيات) وحصلت المناقشة فيه فلا تجوز المعارضة فى تقديمه أمام المحكمة المدنية (٢)

٥ - متى يعتبر الخطاب سرياً ؟

١٠٩ - ان مشكلة سر الخطاب مشكلة موضوعية لاضوابط لها . وللقاضى فى تقديرها سلطة مطلقة . وفى تقريرها يرجع لظروف الخطاب ولمركز المرسل اليه ومركز المرسل وينظر الى مقدار الخطر الذى يحدق بكرامة الناس من افشاء السر أما اذا كان الخطاب متعلقاً بمصلحة الغير فانه لا يجوز فى هذه الحالة للمرسل اليه أن يدعى أمر سر الخطاب أو عدم سره لان المصلحة تعلقت بشخص آخر غيره (٣)

(١) بارد ج ٤ ص ١٧٧ ن ٣٤٦٥ الفقرة الاخيرة . وانظر أيضاً Hansseins بكتابه السابق ن ٢٣٣ و ٢٣٥ Legris بكتابه السابق ن ١٦٠
(٢) النقض الفرنسى ١٩ يوليو سنة ١٩٥٠ س ١٠٨٥ ، ١٠٢٥ - د ١٠٩٦ ، ١٠٢٠ -
بارد ج ٤ ص ١٧٧ - ١٧٨ ن ٢٤٦٥

(٣) أبهى ورو الطبعة الرابعة ج ٨ ص ٢٩١ ن ١٢ - بارد ج ٤ ص ١٧٩ ن ٢٤٦٦
وعلى عكس هذا رأى ميرلين Merlin ولكن لا يمكن الاخذ برأيه لانه يقول بقرينة لم يقرها القانون

وما القول بشأن الخطابات المرسلة من مجهول ؟ فهل مع كونها غير ممضاة من شخص معلوم تعتبر سرية أم تعتبر طادية يجوز افشاء ما بها في أي نزاع ؟ المفتى به أن هذه الخطابات لا تعتبر سرية . ويجوز للمرسل اليه أن يتمسك بها ضد من يتهمه بأنه هو المرسل لها^(١)

في مبلغ قوة حق الملكية

١١٠ - يشتمل حق الملكية على الحقوق الآتية : (١) تشمل ملكية الارض العلو والعمق (٢) تشمل الملكية كل ما كان تابعا لها أي ما اتصل بها أو أدمج فيها - (٣) تشمل ملكية الارض وملكية أي شيء آخر ما ينتج عن الارض وعن هذا الشيء - (٤) لحقوق الملاك على الارض بشأن المياه المتصلة بها نظام خاص . وهانحن نبين كل شيء على حدة

(١) في ملكية العلو والعمق

١١١ - ذكرت المادة ٥٥٢ من القانون المدني الفرنسي ما يأتي : « تشمل ملكية الارض ما فوقها^(٢) وما تحتها^(٣) . وللمالك أن ينشئ فوقها ما يشاء من الابنية^(٤) ويفرس فيها أيضا ما يشاء من الفراس^(٥) ماعدا ما يتعلق بالاستثناءات المقررة في باب حقوق الارتفاق . وله ان يحدث بباطن الارض ما يشاء من الابنية ومن الحفر^(٦) وأن يستخرج من هذه الحفر ما يمكن أن تلتجها الارض من المحصولات^(٧) ماعدا ما يتعلق بالقيود الخاصة بالمناجم^(٨) والقوانين واللوائح الخاصة بالضبط والربط^(٩) »

ولو أن هذه المادة لا مثيل لها بالقانون المصري الا أنه يصح الاخذ بها لان

(١) النقض ف ٣ مارس سنة ٧٩ س، ١٨١، ٣٥١ - ٨١ د، ١٠، ٢١٢

(٢) Dessus (٣) Dessous (٤) Constructions

(٥) Plantations (٦) Fouilles (٧) Produits

(٨) Mines (٩) Police

ما ورد بها مقرر بالقواعد العامة وإذا أخذنا بها أخذاً عاماً لتقرر بأن المالك الأرض حق مطلق وخاص به دون غيره فيما يتعلق بالمنطقة الجوية التي تعلو أرضه وفيما يتعلق أيضاً بالجزء الأسفل من الكرة الأرضية والخاص بقطعة أرضه هو . على أن هذا الإطلاق في الحكم ليس صحيحاً من كل وجوهه وله قيود خاصة تتعلق بحق المالك على ما تعلو أرضه من جو وعلى أسفل أرضه من عمق

١ - في القيود الخاصة بملكية العلو

١١٢ - المذهب الفرنسي : تقل ملكية العلو عن ملكية السفلى فيما يأتي :
أولاً - إذا حصل اعتداء مادي من معتد على أرض الجار جاز للمالك للأرض وهو المجنى عليه الاستماتة بالحقوق المقررة له قانوناً في منع الاعتداء ، وعلى الاخص فيما يتعلق بالغراس . فإذا امتدت فروع أشجار الجار على أرض المالك جاز لهذا الأخير وهو مالك العلو أن يطلب الى الجار قطع هذه الفروع . فإذا امتنع صاحب الاشجار عن قطع فروعها جاز للمالك الأرض أن يطلب الى القضاء قطعها . وأما اذا كان الاعتداء من الجار متعلقاً بأسفل الأرض فللمالك هذه الأرض حق قطعها من نفسه دون اللجوء للقضاء . انما يمنع من ذلك اذا شاب عمله اعتداء مادي على شخص الجار ^(١) (المادة ٦٧٣ مدني فرنسي وهي تقرر قواعد عامة) . والسبب في التفرقة بين الحالتين ، حالة ضرورة الحصول على حكم في حالة الاعتداء العلوي ، وعدم الضرورة الى حكم قضائي في الاعتداء السفلي ، ان المالك للسفلى انما يقطع الجذور وهو لا يعلم ان كانت كذلك أم لا عند ما يستغل أسفل أرضه . والا اذا قيد بحكم لعطل ذلك عليه استغلاله لعمق أرضه . هذا هو التعليل العملي على ما يظهر ^(٢)

ولكن ان صحت هذه التفرقة بالنسبة لجذور الاشجار فهل هي تصح أيضاً

بالنسبة للاسلاك الكهربائية وخلافها التى تمتد تحت الارض أو فوقها ؟ قرر القضاء الفرنسى بأنه يجوز للمالك الارض الزام من وضع الاسلاك ^(١) فوق أرضه أن يطلب الى القضاء قطعها ^(٢) ويرى التفقه الفرنسى من طريق القياس مع جذور الاشجار بأسفل الارض أنه يجوز للمالك الارض حق قطع الاسلاك الموجودة بأسفل أرضه بلا اذن منه وانه ليس ملازماً بالحصول أولاً على حكم الا اذا تقرر وضع الاسلاك بقانون خاص ^(٣)

ثانياً — أنه لما يشك فيه كثيراً أن تنصب ملكية العلو على العامود الهوائى ^(٤) الذى يعلو الارض وانه يجوز للمالك بناء على ذلك حق التعرض للغير فى كل وقت استعمال فيه هذا الغير ذلك العامود الهوائى من مروه بطائرات أو بالونات . تقول يشك كثيراً لأن استعمال الغير للعامود الهوائى لم يكن حاصلًا بطريقة مستمرة كما يحصل مثلاً فيما اذا أحدث الغير غرساً بأرض المالك أو وضع فوقها أسلاكاً كهربائية أو أنشأ قنطرة فوق قناة يملكها صاحب القناة . لأن هذه الاعمال الظاهرة انما تترك أثر الدوام والاستمرار وتحدث تعرضاً مادياً قائماً فهو يعطل الانتفاع بملكية العلو . ولا يمكن تشبيه هذه المظاهر المادية الدائمة بمرور طيارة أو بالون فوق أرض المالك وهى تخترق الجزء من السماء المطل على أرضه . ويعمل الشارحون الفرنسيون ذلك بقولهم بأن المادة ٥٥٢ مدنى فرنسى انما وردت بالباب الخاص بالحق المقرر للمالك على ما يتبع ملكه مما اتصل به أو أدمج فيه ^(٥) أى أنها ليست خاصة بالحق الاصلى فى ذاته المنصب على الارض بالذات أو الشيء بالذات بل هى متعلقة بملحقاته ^(٦) وعلى ذلك لا تسرى هذه المادة الا على الجزء فقط الذى يماس العقار حقيقة ^(٧) ولكن يجب أن يلاحظ أن القضاء الفرنسى

(٢) ٣٣٦، ٢، ٩١٠، ٤ د

(١) Cables ou fils

Colonne d'air (٤)

(٣) كولين وكابتان ص ٧٢٢

(٥) س، ١٠٩٠١، ١٧٢١ Naquet ومقال (٦) Accessoires

(٧) كولين وكابتان ص ٧٢٠

قرر بأن الصيد اذا أطلق بندقيته ، وهو فى أرض أبيع له فيها حق الصيد ، على طير يطير فوق أرض الغير فأصابه ، اعتبر أنه ارتكب جريمة الصيد^(١) ، وانه اعتدى على ملكية الغير . أى أن ملكية الجار لا تقف فقط عند سطح الارض بل وتسرى أيضاً على ما علاها من جو سماوى^(٢)

ولأجل التوفيق بين هذا القضاء وما تقرر فيه يجب أن يقال بشأن المالك للارض بأنه لا يجوز له أن يملك من حيث العلو الا القدر الذى يلامس أرضه مباشرة ، لأن هذا القدر الملامس لأرضه هو الجزء الذى يستطيع الانتفاع به حقيقة وفى الواقع لمناسبة الانتفاع بأرضه

القانونه السويسرى والاطالى : هذا وقررتالفاون السويسرى بالمادة ٦٦٧ ما يأتى : « تشمل ملكية الارض علوها وسفلها بالقدر اللازم من الارتفاع^(٣) والعمق^(٤) اللازمين لاستغلال الارض » وبهذا المعنى أيضاً القانون الالمانى بالمادة ٨٠٥ منه حيث قرر ما يأتى « حق المالك للارض يشمل العلو والسفل . ولا يجوز للمالك التعرض للاعمال التى تحصل بقدر خاص من العلو أو الانخفاض ومنع حصولها ما دام أنه ليس له مصلحة ظاهرة من هذا التعرض والمنع » . وقررت المادة ٦٨١ من القانون السويسرى ما يأتى : « يجب على مالك الارض أن يسمح بإنشاء المجارى^(٥) والمصارف^(٦) ووضع مواسير الغاز وغير ذلك بأرضه . وكذلك يجب عليه أن لا يتعرض لإنشاء الممرات الهوائية والسفلية تحت الارض^(٧) على شرط أن يدفع له تعويض كامل ومقدماً نظير ما يتحمله من الاضرار . ولا يلزم المالك بترك الغير يجرى هذه الاعمال الا اذا تبينت استحالة اجرائها بكيفية أخرى وبمصاريف عظيمة »

١١٣ — التفسير المصرى : قلنا انه ولو لم يوجد نص بالقانون المصرى

(١) Délit de chasse (٢) ٤٦٤ ، ٢ ، ٩٦ ، س ، ١٢٩ ، ٢ ، ٩٦ ،

(٣) Hauteur (٤) Profondeur (٥) Aqueducs

(٦) Drains (٧) Conduites souterraines

نكى النص ٥٥٢ الفرنسي الا أنه يجب الاخذ به لانه يستحيل أن تفهم ملكية ارض الا اذا كان المالك يتمتع بما يتصل بهذه الارض مما يسهل معه الانتفاع لارض. فاذا اعتوره طائق في العلوخال بينه وبين الانتفاع بالبناء تعطلت الملكية به. وكذلك الحال في السفلى. على أن الشريعة الاسلامية قررت بما قررت المادة ٥٥١ الفرنسية حيث قررت المادة ١١٩٤ من المجلة ما يأتي: «كل من ملك محلا سار مالمكا ما فوقه وما تحته أيضاً. يعنى يتصرف في العرصة التى هى ملكه بالبناء العلو به كما يشاء وسأر التصرفات كحفر أرضها واتخاذها مخزناً وينشئها كما يشاء ممقماً وجعلها بئراً» (١). أما ما قرره القضاء الفرنسي والقانونان السويسرى والامانى فانه لم يخرج مما توحى به طبيعة العمران في الوقت الحاضر وتطوراته مع رقى المدنية. ولذا يجب أن يؤخذ به في القانون المصرى لانه لا يتعارض مع المادة ١١٩٤ من المجلة ولا مع تعريف الملكية. ومن المعقول أن تحد الملكية بما تقف عنده حاجة المالك وانتفاعه بملكه. وما خرج عن حدود المنفعة الخاصة به فلا بملكه هو خاصة بل يصبح وقفاً على الجميع للمصلحة العامة كالطيران في الجو بعيداً عن المنطقة الهوائية للارض المملوكة والبناء تحت الارض بما لا يضر مالك الارض في شىء ما. على أنه اذا أصابه ضرر وجب تعويضه

٢ - في قيود الملكية من جهة العمق

١١٤ - يتعلق ذلك بالمناجم (٢) ولا نرى محلا للتكلم فيها حيث لا قانون بمصر يتعلق بالمناجم خلاف ذلك القانون العثمانى القديم الصادر في ٤ محرم سنة ١٢٨٤ (١٦ ابريل سنة ١٨٦٩) والذي يقال بأنه معمول به في مصر (أنظر هذا القانون بقاموس الادارة والقضاء تأليف جلال بك ج ٣ ص ٦٣٥) (٣)

(١) الجزء الثانى من المجلة من وضع سليم بك رسمت ص ٥٨ بيروت سنة ١٨٨٩

(٢) Mines (٣) وبالنسبة للتشريع الخاص بالمناجم بفرنسا انظر كولين وكابيتان

(٣) في ملكية ما يتبع الشيء

١١٥ — الالتصاق^(١) على نوعين طبيعي وصناعي أى بفعل الانسان وقد

أورد القانون المصرى النوعين فى فصل واحد (المواد ٦٠ / ٨٤ — ٦٧ / ٩٢)
وسمى الفصل « فى اضافة الملحقات للملك »^(٢) وهو الالتصاق

ولقد سبق لنا أن رأينا أن الشارع وضع بالمادة ١١ / ٢٧ مدنى بالفقرة الاولى
تعريفاً للملكية يضارع التعريف الفرنسى الموضوع بالمادة ٥٤٤ فرنسى . ثم قرر
الشارع المصرى بالمادة ١١ / ٢٨ المذكورة فقرة ثانية ما يأتى « . . . ويكون
بها للمالك الحق فى جميع ثمرات ما يملكه^(٣) سواء كانت طبيعية^(٤) أو عارضية^(٥)
وفى كافة ما هو تابع له^(٦) » أى أن المالك يملك ثمرات ملكه على اختلاف أنواعه
طبيعية كانت أو عارضية . ويملك أيضاً ما هو تابع له . ونقصر القول على تابع
المالك ونعقبه بثمرات المالك

ومالك الشيء يملك تابع الملك سواء كان هذا التابع تابعا بالطبيعة أى تابعا
طبيعياً أو تابعا بفعل الانسان أى تابعا صناعياً كما أفصحت بذلك المادة ٥٤٦
فرنسى حيث قررت ما يأتى : « تتمشى ملكية الشيء منقولاً كان أو عقاراً على
كل ما ينتجه وعلى كل ما يتصل به اتصالاً تبعياً^(٧) سواء كان ذلك طبيعياً^(٨)
أو صناعياً^(٩) » أى أن حق الملك يتبعه أيضاً حق الالتصاق^(١٠) ويرى كولين
وكابتان^(١١) ان المعنى الصحيح للمادة ٥٤٦ فرنسى هو تقرير قرينة^(١٢) ملكية
التابع للعقار المتبوع فيما اذا كان التابع لازماً لاستعمال العقار^(١٣) . ويؤيدان
رأيهما بما قرره القضاء الفرنسى فيما يتعلق بشروط^{*} المستندات وملكيتهما للمالك

Natureles (٤) Produits (٣) Accession (٢) Accession (١)
Tous les accessoires (٦) Accidentels (٥)
Soit naturellement (٨) S'y unit accessoirement (٧)
Droit d'accession (١٠) Artificiellement (٩)
Obligé (١٣) Présomption (١٢) ٧٢٧ ج ١ ص (١١)

ستنتجعات (المادة ٥٥٨ فرنسى) وفيما يتعلق بالقناة الموصلة للمياه للمصنع
ملكيتهامالك المصنع
أما فيما يتعلق بنظرية الالتصاق سواء كان طبيعياً أو بفعل الانسان فاننا
جئ القول فيه الى أسباب التملك

(٤) في ملكية محصولات الشيء وثماره

١١٦ - رأينا أن الفقرة الثانية للمادة ٢٨/١ مدنى و٥٤٦ فرنسى
قول : « ويكون بها للمالك الحق في جميع ثمرات ما يملكه سواء كانت طبيعية
رعارضية وفي كافة ما هو تابع » وهناك تفرقة قديمة معروفة بين الثمرات أو
ثمار (١) والمحصولات أو الحاصلات (٢) . فالثمرة هى ما ينتجه الشيء دورياً أى
، أوقات معينة دون نقص أو زيادة محسوسين في مادة الشيء المنتج . وتنقسم
ثمرات هى الاخرى الى ثمرات طبيعية (٣) والى ثمرات صناعية (٤) والى ثمرات
مدنية (٥) (المادة ٥٤٧ فرنسى . وهى تعبر تقريباً عما عبرت به المادة المصرية
٢٧/١ مدنى فقرة ثانية)

والثمرات الطبيعية هى ما تنبت من الشيء من نفسه دون الحاجة الى عمل
لإنسان كنتاج الحيوانات (٦)

والثمار الصناعية هى ما تنبت من الشيء بواسطة عمل الانسان كالحبوب
الخضراوات والقطن . على أنه لا توجد فائدة من وراء هذا التقسيم الى طبيعى
صناعى . وتجربى العادة على اعتبارها نوعاً واحداً يسمى بالثمرات الطبيعية حتى
كون مقابلاً للثمرات المدنية

وأما الثمرات المدنية فهى المبالغ من النقود التى لا تنتج من الشيء مباشرة

بل تنتج من محصولات الشيء لأن الغير يلتزم بها في مقابل انتفاعه بالشيء الذي سلمه المالك اليه . وهذه الثمرات المدنية هي ايجارات الاراضى والمنازل والجعل الذي يدفعه المنتفع بالمنجم للملكه وفوائد المبالغ المقترضة

هذا هو ما يتعلق بالثمرة أو الثمار . أما الحاصلات ^(١) فهو ما يتحصل عليه المستغل للشيء في غير مواعيد معينة ويترتب على تحصيله نقص في مادة الشيء كالاحجار المستخرجة من المحاجر وفوائد المرتبات الحيوية ^(٢) اذ تعتبر حاصلات لا ثماراً

وسنرى عند ما نتكلم على حق الانتفاع ^(٣) فائدة هذا التقسيم الاخير حيث نرى أن هناك أشياء تعتبر تارة ثماراً وطوراً حاصلات طبقاً للظروف مثل أخشاب الغابات ^(٤)

وليس لهذا التقسيم أهمية ما بالنسبة للمالك اذ هو يملك بلا تمييز الثمار والحاصلات

(٤) في ملكية المياه واستعمالها

١١٧ — نرى من اللازم بعد أن تكلمنا على نظرية التابع للشيء ^(٥) وعلى حاصلاته ^(٦) أن نتكلم هنا على نظرية نظام المياه ^(٧) . وأهم ما في هذه النظرية هو معرفة ما هو ذلك المقدار من المياه الذي يمكن اعتباره تابعاً للأرض أو محصولاً لها ، أى المقدار الذى يصح أن يكون محلاً لملك الافراد . ويجب معرفته أيضاً ، على عكس ما تقدم ، الاحوال التى تعتبر فيها المياه مالا مباحاً ^(٨) أى مالا يتملكه أول مشئول عليه ، أو مالا عاماً ^(٩) بمعنى أنه يجوز لكل فرد الانتفاع به باعتبار أنه وقف على الجميع وعلى ذلك لا يجوز للأفراد أن يتملكوه في مجموعه

Arrérages d'une rente viagère (٢)	Produits (١)
Accessoire (٥) Coupes des bois (٤)	Usufruit (٣)
Régime des eaux (٧)	Produit (٦)
Res communis (٩)	Res nullius (٨)

أما نظرية نظام المياه فهي تتصل بالقانون المدنى والادارى معاً ، واتصالها بالقانون الادارى انما يرجع الى كيفية تنظيم هذه المياه والحفاظة عليها بالترع والجسور والسدود^(١) ، ثم توزيعها بطرق الرى المعروفة^(٢) . ذلك بأن تضع وائح عدة فى هذه الشؤون المختلفة وهذا عمل ادارى يتعلق بالادارة مباشرة^(٣) ويجب على المحاكم أن تحترم هذه الوائح (المادة ٦٤٥ مدنى فرنسى) باعتبارها أعمالاً تشريعية أى قوانين . وأن تحترم أيضاً قرارات الحكومة فيما يتعلق بتوزيع المياه بنظام الرى المعروف فى القطر المصرى . وذلك باعتبار أن هذه القرارات أعمالاً ادارية^(٤) لا يجوز للمحاكم إيقاف تنفيذها أو تأويلها تأويلاً يخالف ما أرادته الادارة منها . انما اذا خالفت الحكومة لوائحها باعتبارها أعمالاً تشريعية أى قوانين أو خالفت قراراتها الخاصة بالرى وتسببت لاصحاب الاطيان أضرار من ذلك بما يمس الحقوق المكتسبة^(٥) ، والتي تقررت لهم لجرد صدور اللوائح والقرارات ، جاز الزام الحكومة بتمويض طبقاً لنص المادة ١٥ / ١١ من لائحة انشاء المحاكم الاهلية والمختلطة^(٦)

١١٨ — هذا من جهة القانون الادارى . وأما من وجهة القانون المدنى فإن نظام المياه وكيفية الانتفاع بها يمس كثيراً وفى أحوال عديدة ، وعلى الاخص بمصر لما هى معروفة به من نظام الرى الخاص بها ، يمس الملكية الفردية ، ذلك لأنه لا بد فى هذه الاحوال من الرجوع الى القانون المدنى للفصل فيما يختلف فيه الافراد مع بعضهم البعض أو مع الحكومة فيما يتعلق بالشؤون المختلفة للمياه من توزيع وانتفاع وتفرقة بين ترعة عامة أو ترعة خاصة أى مسقى . هذا وقد لاحظ الشارع ان مهمة المحاكم المدنية فى هذه الاحوال ، وعلى الاخص فيما يتعلق بكيفية الانتفاع بالمياه

(١) Barrages (٢) Irrigation (٣) كولبن وكابتان س ٧٤٠

(٤) Actes administratifs (٥) Droits acquis

(٦) ج ١ س ١٦٥ ن ٢٠٦١

وتتمكن ملاك الاراضى من رى أراضيهم البعيدة عن النيل أو عن الترع العامة التى تقوم الحكومة برعايتها والعناية بها من صرف وتطهير وتقوية جسور وغير ذلك ، انما هى مهمة تنصرف الى التوفيق بين مصالح متعارضة ^(١) وتقرير أخف الضررين ، أى مهمة ترجع للعدالة البحث ^(٢) وتقول فى ذلك المادة ٣٣ / ٥٤ مدنى و ٦٤٥ و ٦٤١ فرنسى عند التكلم على حق المالك البعيد فى طلب مسقى تمر بأطيان جاره « بحالة يراعى فيها ما يمكن من تخفيف الضرر » . والقاضى مأذون من الشارع هنا بتضحية بعض الحقوق المتصلة بحق الملكية . وذلك فى منفعة المزارعين واتساع الأراضى الزراعية وترويج الزراعة . وهذا يدل على أن التمتع بالملكية تتمتعاً مطلقاً بالكيفية الواردة بالمادة ١١ / ٢٧ مدنى و ٥٤٤ فرنسى لم يكن المقصود منه الاطلاق الذى لاحد له فى الانتفاع بل الانتفاع المقيد بالمصلحة العامة ^(٣) حتى ولو لم يرد بالنص المصرى العبارة الاخيرة الواردة بالمادة ٥٤٤ فرنسى القائلة بأن الانتفاع بالمعامر مطلق بكيفية لا تخالف اللوائح والقوانين ^(٤) كما بينا ذلك فى مكانه عند ما تكلمنا على تاريخ الملكية المصرية والفرنسية . هذا ويجب ملاحظة أن سلطان القاضى فى التوفيق بين مصلحتين متعارضتين والجَنُوح نحو جانب المصلحة الزراعية انما يكون حيث لا يوجد تعاقد بين الملاك . أما اذا وجد التعاقد بينهم من طريق الاتفاق على حالة معينة فيما لا يمس طبعاً المصلحة العامة فهو نافذ بحكم ارادتهم فيما اتفقوا عليه

ولقد سبق أن رأينا أن الشارع المصرى اعتبر بالمادة ٩ / ٢٥ مدنى و ٥٣٨ فرنسى الانهر والنهيرات التى تمكن الملاحة فيها ^(٥) من الاملاك العامة أى التى لا يجوز تملكها بمضى المدة ولا يجوز التصرف فيها ^(٦) على أنه لا يوجد بالقطر المصرى الا نهر واحد وهو النيل ولم توجد به نهيرات أيضاً . وأما اذا كانت

(٢) Pure équité

(١) Pouvoir modérateur

(٤) دى مجلس ٤ ص ٢٢٧ ن ٩٦

(٣) كولبن وكابيتان ١ ص ٧٢٩

(٥) Flottables أو Navigable

(٦) كولبن وكابيتان ص ٧٣٦ فى آخر الصفحة

لمياه تجرى في الانهر والنهيرات دون أن تكون قابلة للملاحة فقد أفرد لها الشارع
فرنسى نصوصاً خاصة (المواد ٦٤١ - ٦٤٥) لامتثال لها بالقانون المصرى مع
نها تقرر في كثير منها قواعد عامة

ويلاحظ بعض المؤلفين في الوقت الحاضر أنه لا محل لوضع النصوص الخاصة
نظام الميساه بباب حقوق الارتفاق كما فعل القانون الفرنسى ، والقانون المصرى
لختلط والأهلى (٣١ / ٤٢ - ٣٣ ٥٤ مدنى) بل كان الواجب وضع هذه
لنصوص في باب الملكية لأنها لم تخرج عن كونها تقييداً للملكية وتحديداً لحدودها
هذا ويهتم كل بلد زراعى بالعناية بتنظيم أمور مياهه . وقد حاولت فرنسا
وضع قانون عام بشأن تنظيم مياهها فلم تفلح في ذلك الا في ١٨ أبريل سنة ١٨٩٨
وأخذ عليه الشارعون عيوباً كثيرة ^(١) وأما في مصر فقد اهتم الشارع المصرى
وضع لائحة الترع والجسور في ١٢ ابريل سنة ١٨٩٠ ثم عدلها تمديداً لها
وألفاً لائحة أخرى جديدة سماها بلائحة الترع والمساق وأصدرها في ٢٢ فبراير
سنة ١٨٩٤ وجمع فيها كل ما يتعلق بنظام المياه من الوجهة الخاصة والعامة وألغى
ما تقدمها من النظم الاخرى وبلغت موادها ٤٢ وهى على جانب عظيم من الاهمية
من الوجهة العملية زراعية كانت او قضائية ^(٢)

(١) كولين وكابتان ج ١ ص ٧٣٠

(٢) والقانون الفرنسى الصادر في ٨ أبريل سنة ١٨٩٨ اختص بوضع المبادئ العامة المتعلقة
بمياه الامطار Eaux pluviales ومياه المنابع Eaux de source والقيود الخاصة بملكية
صاحب المنبع . كولين وكابتان ج ١ ص ٧٣٠ - ٧٣٥ ولا نرى هنا ضرورة ماسة الى التكلم
عنها لعدم أهميتها بمصر لقلة الامطار والمنابع بها . وكذلك أيضاً ما يتعلق بالانهر والنهيرات التى
لا تقبل الملاحة وحقوق المالكين لشواطئها عليها . كولين وكابتان ص ٧٣٧ - ٧٤٠ حيث
لا أثر لها بمصر لعدم وجود نهر أو نهيرات بهذا الوصف

ولا محل هنا أيضاً أن تتكلم على ما يسمى بالفعم الحجرى الابيض Houille blanche وهى
القوة العظيمة جداً الخاصة بالشلالات . نعم ولو أنه توجد بمصر هذه القوة بمجة الشلالات قبلى
أسوان الا أن هذه القوة تعتبر من الاملاك العامة لأنها خاصة بنهر النيل ولم يوجد بمصر تشريع
خاص في كيفية الانتفاع بهذه القوة الفعمية الحجرية البيضاء . وقد انقسم الشارحون بفرنسا الى
قسمين فيما يتعلق بحقوق الافراد على هذه القوة الناشئة من الشلالات . فقال البعض بأنها ملك

هذا ولما كان للأنحة الترع والمساقى الصادرة في ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٤ أهمية ظاهرة بمصر فيما يتعلق بالملكية الفردية والملكية العامة ، وان لذلك علاقة ظاهرة أيضاً بالمصلحة العامة باعتبار أن البلاد زراعية بأصلها وطبيعتها ، لا نرى بداً من الالمام هنا بأمهات مسائل هذه الأنحة ، وعرض المسائل الخلافية التي قام النزاع بشأنها أمام القضاء المختلط أولاً والاهلى ثانياً ، ومع بيان الآثار القانونية لهذه الأنحة على القانون المدني وفيما اذا كانت قد تأثرت المواد ٣٢/٥٣ و ٣٣/٥٤ مدني بهذه الأنحة أم لا ، مع ايضاح وجهة النظر في الخلاف القائم في المسائل الخلافية

ونرى قبل عرض الاصول العامة التي قررتها هذه الأنحة أن نحيط أولاً بما قرره القانون المدني المختلط سنة ١٨٧٥ والقانون المدني الاهلى سنة ١٨٨٣ وبالتعديلات التشريعية التي طرأت على القانون المختلط دون الاهلى

١ - حق الانتفاع بالمياه

والقانون المختلط

١١٩ - لنظام الري بمصر شأن ظاهر في تقدير الملكية العقارية الزراعية ونماء الثروة العامة . وكان الري الشغل الشاغل لمحمد علي منشى القناطر الخيرية . واهتمت بعده الحكومة فألغأت خزان أسوان وخزان أسسيوط واسنا والزقازيق واستعاضت نظام الري بطريقة الاحواض^(١) بنظام الري الدائم^(٢) وهو النظام

للمجاورين للجر استناداً الى المادة ٦٤٤ . وقال البعض الآخر بأنها عام chose commune يشترك في الانتفاع به جميع الافراد . كولين وكابتان ص ٧٤١ — ٧٤٢ وقد حاولت الحكومة الفرنسية وضع قانون لهذه نظم تفلح للآن . وقد وضع بعض القانونيين مشروعاً عرفياً لهذا القانون أيضاً . ولم يتم شيء رسمي من ذلك للآن . على أن هناك شركات قد استخدمت هذه القوة في أعمال صناعية باعتبار أنها قوة يجوز للافراد تملكها ، أى أخذاً بالرأى الثاني . كولين وكابتان ص ٧٤١ — ٧٤٣

(١) Système des bassins أو Système de l'inondation

(٢) Sys. a l'irrigation pérenne أو Système de l'irrigation permanente

لعروف بنظام المناوبات^(١) واهتمت الحكومة أيضاً بالاستمرار فى إصدار أوامر الية تضمن حفظ مياه النيل وكيفية توزيعها على المالكين للاراضى الزراعية بطريقة فنية وعادلة ، وأنشأت ترعاً عمومية لتحمل المياه الى أراضى الملاك تصرف عليها من مال الميرى . كما أنها أباحت للأفراد عمل مساقى خصوصية فى أراضيهم لينتفعوا بها خاصة ويصرفوا عليها من أموالهم (راجع الاوامر العالية : ٢٥ يناير سنة ١٨٨١ و ١٢ ابريل سنة ١٨٩٠ و ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٤)

وكان النيل ومياهه معتبراً دائماً فى عداد الاملاك العامة بدليل أن الحكومة فى كل آن هى التى تتولى توزيع المياه على الافراد بطريقة عادلة بحيث أن لا يحرم المالك من رى أرضه بينما يروى المالك الآخر أرضه ، وأن تكون المياه الموزعة على الملاك بنسبة ما يملكونه من الاراضى

وجاء الشارع المختلط سنة ١٨٧٥ ووضع المادة ٥٢ مدنى بحيث تضمن هذه القاعدة العامة . الا أن الشارع لاحظ بأنه لا بد من حيث تقرير الحق فى المياه أن تراعى القوانين الخاصة والتى تضمنها الحكومة بفأن المصلحة العامة فى توزيع المياه وأوقات التوزيع والمقادير الموزعة طبقاً للظروف ومقدار الفيضان ان كان غزيراً أو غير غزير . لذا قررت المادة ٥٢ المذكورة ما يأتى : « حق استعمال مياه الترع التى أنشأها الحكومة^(٢) أو جمعية^(٣) يكون بقدر ونسبة الاراضى المقتضى رىها مع مراعاة ما يقتضيه القانون المتعلق بالجمعيات المعنية من الاهالى لهذا الغرض »^(٤)

(راجع فى ذلك كتاباً وضعه الاستاذ Arminjon سنة ٩١١ ، الذى كان مدرساً بمدرسة الحقوق ، بعنوان La situation économique et financière de l'Egypte — Le Soudan Egyptien ص ٦٤ — ١٠٢)

(١) Rotation (٢) Etat (٣) Corporation (٤) Syndicats (ويظهر أن المراد بالجمعيات بهذه المادة اتفاق بعض الافراد على انشاء ترع عامة بد أخذ تعبرج من الحكومة بذلك على شرط أن تكون الترفة عامة ينتفع بها الاهالى بلا استثناء . أى فى حالة ما اذا قام الافراد أنفسهم بما تقوم به عادة الحكومة فى انشاء الترع العامة — راجع قانون المجلس الزراعى Conseil d'agriculture . وراجع هذا المعنى المادة ٤٣ من مرشد الميران اذ تقرر ما يأتى : « حق استعمال مياه الترع العمومية وتوزيعها يكون بقدر الاراضى المقتضى رىها مع مراعاة عدم الضرر بالعمامة »

١١٩ مكرراً — ويرى القضاء المختلط أن توزيع المياه أمر يتعلق بالقانون الادارى أكثر من تعلقه بالقانون المدنى . ولكنه يقول بأن الشارع المصرى قد أراد بالمادة ٥٢ مدنى أن يصبغ هذا الحق بصبغة مدنية ظاهرة مع ضرورة رعاية حق الحكومة فى تعديل توزيع المياه بلوائحها وقراراتها . وفوق ذلك قرر القضاء المختلط بأن الشارع المصرى فى وضعه المادة ٥٢ بالباب المعقود لحقوق الارتفاق من أن للأفراد الحق فى أخذ المياه اللازمة لهم لرى أراضيهم من الترع المنشأة بمعرفة الحكومة ، قرر بأن الشارع قد أراد أن يجعل التربة العمومية قابلة لان تكون محملة بحق ارتفاق للغير ، باعتبار أن هذا الحق الارتفاقى لا يتعارض مع ما انشئت له التربة من أن تكون للمنفعة العامة . وانه بناء على ذلك اذا جاءت الحكومة وقررت ابطال هذا الحق الارتفاقى فانها تكون ملزمة بدفع تعويض لصاحب الارض التى كانت متمتعة بحق الارتفاق^(١) وقد تأيد هذا القضاء بالفقه المصرى^(٢)

ثم قررت المادة ٥٣ مدنى مختلط ما يأتى : « من أنشأ ترعة فله الحق فى الانتفاع بجائها دون غيره أو يبعه » . (أى بيع الماء)^(٣)

وهاتان المادتان انما تقران حالة سابقة مقررة قبل ظهور القانون المختلط فى أن التربة العامة ملك عام لجميع الافراد بلا استثناء وان التربة الخاصة ملك خاص لصاحبها لا يزاحمه فيها مزاحم . وان توزيع المياه يكون بنسبة ما يملكه كل مالك فى حاجة الى رى أرضه . وهذه المبادئ العامة منطبقة على روح العدالة

١٢٠ — ولكن لما كان قد يحصل أن تكون الارض المطلوب ربحها بعيدة عن النيل أو عن ترعة عمومية ويستحيل ربحها وجب أن يتدخل الشارع

(١) Fonds dominant : استئناف م ٢٨ مارس سنة ٩٠٠ م ت ق ، ١٢ ، ١٨٥

(٢) دى مجلس ج ٤ ص ٢٣٦ ن ١١٧

(٣) راجع المادة ١٢ من « مرشد الخيران » . « من أنشأ ترعة من ماله لى أرضه فله الانتفاع بها فيها كيف شاء . وليس للغير أن يسقى منها أرضه الا باذن المشىء . ولغير أن يشرب منها ويسقى دابته »

، الامر ويعمل على أن تتمكن الارض هذه من الري وقرر بأنه يلزم لجار الفاصل للارض عن الماء بأن يبيع لصاحب الارض بعمل مسقى بأرض اذا الجار لسحب المياه بواسطتها من النيل أو الترعة العامة لاجل توصيلها لارض البعيدة على شرط دفع تعويض لصاحب الارض القريبة . وعند الخلاف ، تقرير المسقى وكيفية سيرها وقيمة التعويض يرجع للمحاكم في ذلك . وعلى هذا رى الشارع المختلط سنة ١٨٧٥ بالمادة ٥٤ مدنى ما يأتى : « يجب على كل صاحب أرض أن يجعل ممرأ في أرضه ^(١) للمياه اللازمة ^(٢) لرى الاراضى البعيدة عن أخذ المياه ^(٣) في نظير تعويض ^(٤) يعطى اليه مقدماً ^(٥) بعد تقديره بمعرفة محكم . وعند التنازع يحكم بالكيفية التى يكون بها انشاء ذلك الممر وما يلزم من العمل بحالة يراعى فيها ما يمكن من تخفيف الضرر — وليس لصاحب الارض فى يسقيها بالآلات أو ترع أن يجبر أصحاب الاراضى التى دونه ^(٦) على أن يقبلوا باهمهم بأراضهم » ^(٧)

وحق ممر المياه يسمى بحق المجرى أو بحق الشرب وحق تصريفها يسمى بحق سيل ^(٨) فاذا اتفق الجاران على الممر أصبح عقدهما قانونهما . واذا اختلفا فالامر قضاء . وينصح الشارع للقاضى أن يأخذ بأخف الضرر الممكن . ولا يفوتنا أن يير الى ما سبق أن قررناه بأن الشارع لاحظ هنا ضرورة تفضيل المصلحة العامة للمصلحة الخاصة بأن أباح تحمل الفرد ، وهو الجار القريب للمياه ، بأقل الأضرار ممكنة . وليس ذلك فى الحقيقة لمصلحة المالك البعيد ، بل للمصلحة العامة ، لاجل توسيع نطاق الاراضى المزروعة بما ينتج عنه رواج الزراعة ونماء الثروة

Prise d'eau (٣)	Nécessaire (٢)	Passage (١)
Fonds inférieurs (٦)	Préalable (٥)	Indemnité (٤)
(٧) وتقول المادة ٤٤ من مرشد المحيرال . « ليس لصاحب الارض التى تسقى بالآلات أو ترع أن يجبر أصحاب الاراضى التى دونه على تصريف مياهه فى أراضهم ان لم يكن له حق سيل فيها »		

العامه . ومهمة القاضي هنا ترمى الى التوفيق بين مصلحتين متعارضتين . وحجر
الزاوية فيهما هو المصلحة العامة . وللقاضي أن يستعين في هذه الحالة بالخبراء
الزراعيين والمهندسين الفنيين في تقرير الممر وتقديره

ولما كان حق المجرى حق عيني خاص بالافراد يحصل تملكه بالرضاء أو بالقضاء
فهو كذلك يحصل تملكه بالزمن والتقدم . فاذا ظل المنتفع بالقرع مدة ١٥ سنة
يلتفع انتفاعاً ظاهراً أصبح مالكاً لحقه . هذا ووجب منع الجار من التعرض له^(١)
ولما جاء دور هذه المادة في عالم التطبيق العملي أى عالم القضاء حام الخلاف
حولها في موضعين : فيما يتعلق بالمياه اللازمة وفيما يتعلق بالصرف :

١٢١ - أول : فيما يتعلق بالمياه اللازمة : ليس من الضروري أن يفهم
من المياه اللازمة أن تكون الارض البعيدة محرومة من الري حرماناً كاملاً ، بل
يكفى لتقرير الممر أن يكون ربيها بغير الممر المطلوب انشاؤه ريباً رديئاً ضاراً بالارض
بحيث لا تستطيع معه أن تأتى بالغلة الطبيعية لها^(٢) كذلك يجب تقرير الممر حتى
ولو تبين أنه يمكن ري الارض بطريقة أخرى اذا ظهر بأن الممر هو الاصلح
للارض البعيدة . وعلى كل حال يجب تفسير المادة تفسيراً يتوسع يتفق مع
المصلحة الزراعية^(٣)

أما من حيث التقدير فيراعى قيمة الارض التي استخدمت للقناة وقيمة
ال تلف الناشئ من وجودها بأرض الجار^(٤) ويجب على مالكها وهو مالك الارض

(١) راجع أيضاً المادة ٥١ من مرشد الميران : ٣ من كان له مجرى أو سباق ماء جار بحق
قديم في ملك شخص آخر فليس لصاحبه منه « (٢) دى هلس ج ٤ ص ٢٢٤ ن ١٠٩
(٣) ج ١ ص ٣٣٨ ن ٤٣٤٤ و ٤٣٤٦ — عياشي ص ٤٩ ن ٢٢٠ — قارن مع ذلك
ج ٣ ص ٦٨ ن ٩٤٦٠ اذ قرر هذا الحكم فيما يتعلق بصرف المياه Drainage — وستلکم
على الصرف فيما بعد — انه لاجل طلب عمر لصرف المياه بالمصرف العام أن تكون هناك ضرورة
ماسة مطلقة nécessité absolue لا مجرد تسهيل الصرف على الارض البعيدة simple
commodité (٤) ج ١ ن ٤٣٤٦

بعيدة عن مأخذ المياه تعهدا بالاصلاح والتطهير لانه هو المنتفع بها وحده ؟ يشاركه أحد فيها أخذاً بالمادة ٥٣ مدني^(١) وله اتلافها اذا تبين له أنها تحدث شحاً ضاراً بالاراضى وليس للغير حق الاحتجاج عليه اذا كانوا منتفعين بالمسقى بن طريق تسامحه معهم^(٢) ويجب على من وجدت بأرضه المسقى أن لا يعمل على تعطيل الانتفاع بها لدى المالك والاجاز لهذا الاخير استخدام دعاوى وضع اليد دعاوى الملكية في حماية حقه من كل عدوان ويصح أن يعتبر العدوان في بعض الاحوال جنائياً يعاقب عليه القانون زيادة عن المسؤولية المدنية (المادة ٣١٦ / ٣٣٠ عقوبات) والتعويض دين في ذمة المدين يسقط كما تسقط الديون بمضى المدة اذا ظل صاحب الدين ١٥ سنة دون أن يطالب به سقط حقه^(٣)

وتقول المادة ٥٤ ممرأ للمياه أى مسقى . وعلى ذلك لا يباح انشاء ساقية في رضى الجار القريب من مأخذ المياه اذا تبين بأن صاحب الارض البعيدة يروى من رعة عامة حتى ولو كان الرى غير كاف لديه . ولكن اذا تبين ان صاحب الارض البعيدة في حاجة ماسة الى إيجاد شئ دائم كطلبة رافعة^(٤) بالارض المنشأة بها لمسقى فيجانب الى طلبه لان الطلبة الرافعة لا تعتبر حقاً ارتفاقياً جديداً متميزاً عن حق ممر المسقى الموجودة من قبل في حالة ما اذا كانت المياه مثلاً منخفضة ولا بد من جذبها بواسطة آلة رافعة وتركها تسير بالمسقى حتى تصل للارض المطلوب ريهها^(٥) لا يلزم طالب الممر باحداث آبار ارتوازية بأرضه بدلا من طلب الممر بل يجاب الى للبه في انشاء مسقى بأرض الجار^(٦) وليس للجار القريب من المياه أن يحتج بعدم وجود تصريح من الحكومة باحداث آلات رافعة لجلب المياه بواسطة المسقى

(١) ج ع ٣ ص ٥٦٧ ن ٥٩٤٢ (٢) ج ع ٢ ص ١٧٨ ن ١٨٨٩

(٣) دى مجلس ج ٤ ص ٢٣٥ ن ١١٢ ج ع ٣ ص ٥٦٨ ن ٩٤٥٠

(٤) Pompe éléatoire (٥) ج ع ٣ ص ٥٦٧ ن ٥٩٤٤ — راجع مع ذلك

ى مجلس ج ٤ ص ٢٣٣ ن ١٠٩ فقرة حيث يقول بأنه لاجل الاخذ بالمادة ٥٤ يجب أن يكون خذ المياه بطريقة adduction أى بمحويل مجرى الماء بواسطة استعمال الآلات والطايبات

ببخارية pompes à vapeur (٦) ج ع ٣ ص ٥٦٨ ن ٩٤٨

المطلوب انشاؤها ، لان هذا التصريح هو من شأن الحكومة لامن شأن الفرد^(١) واذا لم يتفق الطرفان على انشاء الممر ولم يلجأ عند الخلاف الى السلطة القضائية ، ثم جاء المالك البعيد خلسة وأجرى مسقى بأرض جاره القريب للماء فلا تقبل دعوى تثبيت ملكية هذا الاخير لارض المسقى اذا ظهر بأن هناك ضرورة حتمية لانقاذها طبقاً للمادة ٥٤ ، على شرط ازام المنشىء بالتعويضات التى ترى المحكمة تقريرها^(٢)

هذا فيما يتعلق بالمساقى . وأما الخلاف الآخر فهو يتعلق بصرف المياه التى تتخلى عن الارض البعيدة عن المصرف العمومى

١٢٢ - ثانياً صرف المياه أو حق المسيل : ان صرف مياه الاراضى بالمصارف العمومية أصبح من المسائل الزراعية الهامة جداً حتى لا تتلف الارض برسوب المياه الرابكة بها فيؤثر ذلك على النمو المالى العام للبلد . لذلك عنى الشارع بأمر صرف المياه عنايته بأمر ممر مياه الري

واذا نظرنا الى المادة ٥٤ فلان نجد فيها ذكراً لممر مياه الصرف بل عبارة المادة مقصورة على ممر المياه للرى . لذا لم يثنأ القضاء المختلط الحد من الملكية ، أو بمباراة أخرى تقرير حق ارتفاق يتعلق بصرف المياه . ومن أجل ذلك تدخل الشارع المختلط فى الامر وتعديت المادة ٥٤ مدنى ووضعت بحيث تشمل الممر لمياه الري ولمياه الصرف . وصدر بالتعديل قانون ٨ أكتوبر سنة ٩١٢ رقم ٢٧ وأفرغت المادة فى القالب الآتى : « يجب على كل صاحب أرض أن يجعل فى أرضه ممرآ للمياه اللازمة لرى الاراضى البعيدة عن مأخذ المياه وكذلك لمياه التصفية التى تصرف من الاراضى المجاورة لارضه فى أقرب مصرف عمومى فى نظير تعويض فى كلتا الحالتين يعطى له مقدماً بعد تقديره بمعرفة المحاكم . وعند التنازع تحكم بالكيفية التى يكون بها انشاء ذلك الممر وما يلزم من العمل بحالة يراعى فيها

ما يمكن من تخفيف الضرر — وبغير ذلك لا يكون لصاحب الارض التي يسقيها بآلات أو ترع أن يجبر أصحاب الاراضى التي دونه على قبول مياهه بأراضيهم»^(١) وبناء على النص الجديد للمادة ٥٤ وعلى أسباب تشريعها الواردة بتقرير المستشار القضائي يرى أنه قد قرر حق الشرب وحق المسيل في القانون المختلط وأصبح الحقان في مستوى واحد من حيث كنه الحق وتقريره وكيفية العمل به . ويجب أن يلاحظ في تقرير الحقين مراعاة الشروط التي تستفاد مما ذكرناه من شرح قضاء المحاكم المختلطة

وعلى كل حال لا يتقرر حق الشرب وحق المسيل الا اذا كانت المياه المطلوب أخذها بترعة عامة أو بالنيل ، وكان المصرف المطلوب الصرف فيه مصرفاً عاماً لا مصرفاً خاصاً . والحكمة في تقرير حق المسيل هي نفس شرعية حق الشرب أى رواج المصلحة الزراعية واعداد الارض لان تلتيج انتاجها الطبيعي لها وبحيث أن تكون الأرض صاحبة حق المسيل في حالة ضرورة مطلقة الى المسيل لا في حالة مجرد تحسينها^(٢)

واذا كان حق المسيل قد تقرر بصدر المادة ٥٤ بعد تعديلها سنة ١٩١٢ فما هو اذن غرض الشارع من الفقرة الأخيرة لها وهي تلك الفقرة التي وجدت بالنص قبل تعديله ثم ظلت موجودة بعد التعديل مع تغيير بسيط في عبارتها والمعنى واحد ؟ تقول الفقرة الأخيرة بعد التعديل ما يأتي : « وبغير ذلك لا يكون

(١) وجاء في أسباب تعديل هذه المادة في تقرير المستشار القضائي لوزارة الحفانية من سنة ١٩١٢ « ص ٢٣ للسفحة العربية » ما يأتي : « كانت المادة ٥٤ من القانون المدني المختلط قاصرة على الزام صاحب الارض بأن يجعل في أرضه مرا للمياه اللازمة لرى الاراضى المجاورة دون مياه الصرف . فما كان الجار يستطيع انشاء مصرف خاص في أرض جاره الا برضاء هذا الأخير . ونزبت على هذا النقص في القانون المختلط ضرر بالغ للوطنين الذين يملكون أرضاً بمجاور أملاك للاجانب . ولذلك نص القانون الجديد على الزام كل صاحب أرض بأن يجعل في أرضه مرا لمياه التصفية التي تصرف من الاراضى المجاورة لأرضه في أقرب مصرف عمومي مقابل تمويش . وساغ لكثير من أصحاب الاراضى الوطنيين الانتفاع على وجه أتم بأعمال الصرف العظيمة التي تقوم بها الحكومة الآن في الوجه البحري » اهـ (٢) ج ع ٣ ص ٥٦٨ ن ٥٩٤٦

لصاحب الارض التي يسميها بآلات أو ترع أن يجبر أصحاب الاراضى التي دونه على قبول مياهه بأراضيهم » وهذه الفقرة تشير حتما الى حق مسيل خلاف حق المسيل الذي تقرر بصورها . والا لو كان الحقان واحداً فما كان الشارع في حاجة الى تعديل المادة القديمة ما دامت هذه الفقرة موجودة بها من قبل

وحق المسيل هذا ، موجوداً كان بالنص القديم أو النص الحديث ، لا يفيد أنه يتعلق بحق صرف المياه في مصارف عمومية . لأن هذا الحق في الصرف في مصارف عمومية لم يتقرر الا سنة ١٩١٢ . ولا يفيد أيضاً أنه يتعلق بحق صرف المياه الناشئة عن الامطار أو المياه المنزلية ، اما بصرفها بأرضه أو بالطريق العام طبقاً للوائح العمومية وهو ذلك الحق المقرر بالمادة ٦٤ مدني مختلط (٤٢ أهلى) على ذلك يتبين أن الحق المقرر بهذه الفقرة الأخيرة للمادة ٥٤ ليس حق المسيل في مصرف عام ولاحق مسيل الامطار والمياه المنزلية في الطريق العام أو في المصرف العام . لأن مياه الامطار يجب صرفها في المصرف العام ويجب على صاحب الارض الدنيا أن يترك مسيلاً في أرضه لصاحب الارض العليا حتى تسيل المياه المتكوّنة عنده من الأمطار وتصب في المصرف العام أو الطريق العام . واذا كانت الفقرة المذكورة ليست خاصة بحق صرف المياه في مصرف عام فلها لا بد أن تكون خاصة بصرف المياه في أرض الجارذاته وهذا هو ما تحظره الفقرة المذكورة أى انه يجب على صاحب الارض التي تكونت بأرضه مياه (وهي غير مياه الامطار وغير المياه المنزلية) ناشئة عن رى أرضه من ترع (عمومية كانت أو خصوصية أو من النيل) أو بواسطة آلات رافعة ، يجب عليه أن يحبس هذه المياه بأرضه وليس له من سبيل في الزام جاره على تحمل ضرر المياه بأرضه هو ، أى بأرض الجار ، ما دام أن الضرر الناشئ عن حبسها واحد سواء كانت المياه بالأرض العليا أم بالارض الدنيا (اذ كان يجب عليه أن لا يأخذ الا حد الكفاية) لانه بعد تحويل المياه الى الارض الدنيا تصبح هذه الأخيرة في حاجة الى تصريفها فلا تجد منفذاً لها فتقع فيما وقعت فيه الارض العليا فتسمى في تصريفها فلا تجد منفذاً

لها . ولذا يجب ابقاء المياه بالارض التى تكونت بها لان الأولى أن يتحمل بأضرار المياه من استفاد منها

ولكن ما القول بشأن المياه التى تجاب لا لرى الارض بل لإصلاحها ان كانت ملحة فهل تسرى عليها الفقرة المذكورة أم لا بد من تحميل الجار بالضرر أيضاً؟ الجواب واحد فى الحالتين لأن الضرر واحد فى الاثنين ولان طلب النفع لا يساوى طلب منع الضرر ^(١) وما على صاحب الارض المتضرر من مياهه الا أن يعمل جداول خاصة تقيه من أضرار المياه سواء كانت ناشئة عن زيادة فى الرى أو كانت معدة لإصلاح الارض ثم انحدرت عنها بعد الإصلاح ، أو كانت أخيراً ناشئة عن رشع

على أن هذه الفقرة قد أصبحت ولا فائدة كبرى من وجودها اذ عم انشاء المصارف العمومية بالبلاد . واصبحت كل أرض فى حل من طلب حق المسيل بالمصرف العام مهما كان نوع الماء المتخلف عندها سواء كان ماء مطر أو مياه منزلية أو ماء زائداً عن حاجة رى الأرض أو منحدرأ عنها بسبب اصلاح الارض وتنقيتها من الاملاح المركزة فيها

أما وقد انتهينا الآن من حق الانتفاع بالمياه بالقانون المختلط فلننظر فى أمر تقرير هذا الحق بالقانون الاهلى

٢ - حق الانتفاع بالمياه

والقانون الاهلى

١٢٣ - جاء الشارع الاهلى سنة ١٨٨٣ ونظر الى الاعتبارات التى كانت مقررة قبل وضع القانون المختلط سنة ١٨٧٥ الى ما حدث منها من سنة ١٨٧٥ الى سنة ١٨٨٣ وعمل على نقل المادة ٥٢ مدنى مختلط بالمادة ٣١ أهلى ، وهى الخاصة بحق الافراد فى أخذ المياه اللازمة لرى أراضيهم بنسبة هذه الاراضى ،

(١) كما يقول بحق فتحى باشا زغلول (ص ٦١ ثانى سطر)

بعد أن حذف منها ما يتعلق بانشاء الترع بواسطة جمعيات أو شركات حيث لا أهمية له . ووضعت المادة الاهلية بالنص الآتى : « حق استعمال مياه الترع التى أنشأتها الحكومة يكون بقدر ونسبة الاراضى المقتضى ربيها مع مراعاة ما تقتضيه القوانين والأوامر واللوائح المتعلقة بذلك »

ونقل الشارح الاهلى المادة ٥٣ مختلط ووضعتها بالمادة ٣٢ أهلى بالكيفية الآتية : « من أنشأ ترعة فله الحق فى الانتفاع دون غيره بمائها أو بيعه » ثم نقل المادة ٤٤ مختلط وصاغها بالمادة ٣٣ أهلى أيضاً حرفاً بحرف بما يأتى : « يجب على كل صاحب أرض أن يجعل ممراً فى أرضه للمياه اللازمة لرى الاراضى البعيدة عن مأخذ المياه فى نظير تمويض يعطى له مقدماً بعد تقديره بمعرفة المحاكم وعند التنازع تحكم بالكيفية التى يكون بها انشاء ذلك الممر وما يلزم من العمل بحالة يراعى فيها ما يمكن من تخفيف الضرر — وليس لصاحب الارض التى يسقىها بآلات أو ترع أن يجبر أصحاب الاراضى التى دونه على قبول مياه بأراضهم »

وما قلناه بشأن هذه المادة فى القانون المختلط يسرى هنا لأن النص واحد . ويجب أن تتمشى هنا المبادئ القانونية التى قررها القضاء المختلط سواء كان فيما يتعلق بحق الشرب أو بحق المسيل . ولكن فيما يتعلق بحق المسيل فإنه تقرر تنظيم أمره وتقرير حاله بالامر العالى الصادر فى ١٢ ابريل سنة ١٨٩٠ بالمادة ١٦^(١)

(١) وقررت ما يأتى : « اذا أراد أحد أرباب الاطيان تصريف مياه أرضه drainer ses terres ودعت الحال الى احداث مصرف drain تمر مياهه فى اراضى النهر ولكنه لم يتمكن من التراضى معه à l'amiable على ذلك فيرفع شكواه réclamation الى المدير وهو يباينها لمقتش الرى مرفقة برأيه وملحوظاته ان كان لديه ملحوظات عنها ليمين مفتش الرى الحظ cours الذى يجب أن يسير فيه ذلك المصرف . فان صدر الحصول على الارض لمرور الممر فيتداول مفتش الرى مع المدير فى ذلك ثم يبلغ هذه المسئلة الى نظارة الاشغال العمومية . فاذا أقرت على انشاءه فتتخذ التدابير اللازمة على نحو ما ذكر فى المادة العاشرة (وهى المادة الخاصة بحق المجرى أو حق الشرب كما سيجى) وتكلف الطالب بالتفقة جيمها dépenses بحيث لا يقصر ذلك المصرف بالاراضى التى يمر فيها ويكون رأى مفتش الرى فى هذا الخصوص حتمياً لا يقبل الاستئناف sans appel

ثم تعدلت هذه المادة بمقتضى الامر العالى الصادر فى ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٤ بالمادة ١٥ منه بما يأتى : « اذا احتاج أحد أرباب الاراضى أن يحدث مصرفاً لتصرف مياه أرضه وكان المصرف يمر فى أراضى الغير فيمكنه اذا لم يتيسر له التراضى مع صاحب الشأن أن يرفع شكواه الى المدير وهو يبلغها لمفتش الرى مشفوعة برأيه ولمحوظاته . والمفتش يعين حينئذ المجرى الذى يجب أن يسير فيه ذلك المصرف . فاذا تعذر الحصول على الارض اللازمة لمروء المصرف فيتشاور مفتش الرى مع المدير فى ذلك . ومع اتفاقهما يصير تبليغ المسألة الى نظارة الاشغال العمومية . فاذا أقرت على انشاءه تتخذ التدابير اللازمة وتكون جميع النفقة والتعويض ^(١) على المنتفعين خاصة ويجب أن لا يحدث عن مرور المصرف أدنى ضرر للاراضى التى يمر فيها » ^(٢)

هذا ولما كان للامر العالى الاخير الصادر سنة ١٨٩٤ شأن عظيم من الوجهة العامة والقانونية رأينا أن نقرده هنا كلمة نرمى بها الى بيان الآثار القانونية لهذا الامر العالى وما ترتب على صدوره من المفعول القانونى على القانون المدنى المختلط والاھلى . وأما ما يتعلق بهذا الامر من المسائل الفنية الزراعية فلا شأن لنا

(١) Indemnité (٢) هذا فيما يتعلق بحق المسيل أو المرفق بالنسبة للقانون الاھلى . أما فيما يتعلق بحق الشرب فانه تقرر كما قلنا كما ورد بالنس المختلط . الا أنه يلاحظ أيضاً بأن نظام هذا الحق قد تقرر بالمادة ١٠ من الامر العالى الاول الخاص بالترع والجسور الصادر فى ١٢ ابريل سنة ١٨٩٠ بأن يرفع صاحب الشأن شكواه الى المدير ليفحص المسئلة من الوجهة الفنية الزراعية مع مفتش الرى ونظارة الاشغال . ثم يعرض الامر على لجنة لتقدير التعويض وهى مكونة طبقاً للمادة ٦ من المدير أو وكيله والباشمهندس واثنين من عمدة المديرية ينتخب أحدهما صاحب الطلب والآخر ينتخبه خصمه . وقد تعدلت هذه المادة بالمادة التاسعة من الامر العالى الاخير الصادر فى ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٤ حيث جعلت اجراءات لحص الطلب وضرورة اخبار أصحاب الشأن بها فى مواجهة الجميع . وأجازت لمن صدر ضده القرار بتقرير المسقى فى أرضه أن يرفع استئنافاً عنه فى ظرف ١٥ يوماً الى نظارة الاشغال . أما التعويض فتقرره اللجنة المنوّه عنها بالمادة ٢٧ من ذلك الامر وهى تقضى بأن تكون اللجنة مؤلفة بالطريقة التى كانت مؤلفة بها بمقتضى المادة ٦ من الامر العالى الاول الصادر فى ١٢ ابريل سنة ١٨٩٠

به . وبهذا الامر ينتهى الدور الثالث لحق الافراد فى المياه وبيان القيود التى حدث هذا الحق

٣- حق الانتفاع بالمياه وقانون ٢٤ فبراير

سنة ١٨٩٤

١٢٤ - رأينا أن الشارع المصرى عنى بتنظيم حقوق الافراد بالانتفاع بالمياه العامة وبتصرف المياه الضاربة بالارض . والغرض الذى يرمى اليه من ذلك توسيع الاراضى الزراعية بما فيه رواج الزراعة ونماء الثروة وزيادة العمران . لذا وضع الشارع قانونه الاول فى ١٢ أبريل سنة ١٨٩٠ بعد أخذ رأى مجلس شورى القوانين فيه . ثم لما رأى أنه ليس كافياً فى تحقيق الامانى المرجوة من ورائه أصدر قانونه الثانى والاخير فى ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٤ وأودعه كل ما رآه صالحاً لتحقيق ما يرجو تحقيقه بما فيه المصلحة العامة ^(١) وزيد الآن معرفة مبلغ آثار هذا القانون من الوجهة القانونية البحتة على القانون المدنى المختلط والاهلى

١ - فى الآثار القانونية

لقانون سنة ١٨٩٤ على القانون المختلط

١٢٥ - لما صدر قانون ١٢ ابريل سنة ١٨٩٠ لم يشأ القضاء المختلط أن يأخذ به ما دام أنه لم يصدر بالقيود التشريعية المعروفة للتشريع المختلط أى أخذ رضاء الدول الاجنبية صاحبة الامتيازات بمصر طبقاً لنص المادة ١٢ مدنى قبل تعديلها بمقتضى قانون ٩١١ رقم ١٧ ^(٢) . ولما صدر قانون ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٤ وحان

(١) وفى سبيل حماية المصلحة العامة وضرورة المحافظة على الترع والجسور قرر الشارع بالمادة ٤٠ من ذلك القانون بان « مشايخ وخفراء البلاد مسئولون عن المحافظة على الترع و فاذا حصلت مخالفة فيلزمون شخصياً بنفقة اعادة الاعمال الى اصلها اذا لم يتيسر معرفة الفاعلين » أنظر شرح هذه المادة : المحاماة ٤ من ٨٨ وما بعدها و من ٣٩٧ وما بعدها و ٥٩٥ وما بعدها

(٢) استئناف ١٨ يونيو سنة ١٨٩٦ م ت ق ، ٨ ٣٣٤

وقت العمل به قضاء أبى أيضاً القضاء المختلط الأخذ به لعدم أخذ مصادقة الدول عليه ، وأنه يجب اعتباره سارياً على المصريين لا الاجانب^(١)

ونسارع الى ملاحظة الى أن هذا القانون قرر مسائل عامة فيما يتعلق بالترع العمومية والترع الخصوصية وبين متى تعتبر عامة أو خاصة وكذلك بشأن المصاريف وهذه المسائل سارية على الجميع مصريين وأجانب . وبجانب هذه المسائل قرر ذلك القانون (ومن قبله قانون سنة ١٨٩٠) مسائل أخرى قد نشك في أمرها من حيث أن المواد التي قررتها قد أبطلت المواد الموجودة بالقانون المدني أم لا . مثلاً . قررت المادة ٩ كما رأينا بأن حق الشرب يقرر لطالبه بواسطة لجنة فنية ويقدر التعمييض فيه بواسطة لجنة أخرى مقررة بالمادة ٢٧ . وأنه يجوز الطعن بالاستئناف في قرار اللجنة الفنية دون الاخرى وكذلك قرر هذا القانون بالمادة ١٥ تقرير المصرف بواسطة لجنة فنية . ويقدر التعمييض بواسطة اللجنة المقررة بالمادة ١٧ منه . فهل يجوز بعد صدور هذا القانون للاجانب معاً أو للمصريين مع الاجانب أن يعملوا به فيما يتعلق بحق الشرب وحق المسيل ؟ أو انه لا بد من الاخذ بالمادة ٥٤ مدني مختلط باعتبار ان هذا القانون لا يؤثر عليها بأي اثر ما لانه لم تؤخذ مصادقة الدول عليه ؟

١٢٦ — قلنا ان القضاء المختلط لم يأخذ بهذا القانون وظل يعمل بالمادة ٥٤ مدني مختلط وحجته كما رأينا . ويرى بعض المشتغلين بالفقه المصري انه يجب الاخذ بهذا القانون فيما يقرره من حقوق الارتفاق لان المادة ٥١ مدني مختلط فقرة ٢ (٣٠ مدني اهلي) تقرر بأن « الارتفاق هو تكليف^(٢) مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر . وتتبع فيه شروط العقد الذي ترتب عليه وجود ذلك

(١) استئناف م ٢٦ ابريل سنة ٩٠٦ م ت ق ، ١٨ ، ٢١٧ . ومع ذلك راجع استئناف م ١٨ مايو ١٨٩٩ م ت ق ، ١١ ، ٢٢١ فانه على ما يفهم منه قد أخذ بهذا القانون السابق عليه اذفر المادة ٨ منه تفسيراً ارتكز عليه الحكم Charge (٢)

التكليف^(١) والاصطلاحات المحلية^(٢) « أى أن حقوق الارتفاق يرجع فيها الى الموائد المحلية . وما دام ان هذا القانون الصادر سنة ١٨٩٤ إنما يقرر عادة محلية فيجب الاخذ به . وقد رد خصوم هذا المبدأ بأن الموائد المحلية خاصة بكيفية الانتفاع بحق الارتفاق وطريقة استعماله أى خاصة بتنظيمه فقط^(٣) . وليست خاصة بأصل تقريره ومصدر انشائه^(٤) وقرر أنصار قانون سنة ١٨٩٤ بأنه لم يخرج عن كونه قانوناً خاصاً بتنظيم أحوال الضبط والربط بمصر^(٥) وان المادة ١٠ من القانون المدنى المختلط تقرر بأنه « تسرى أحكام القوانين المتعلقة بالضبط والامن العمومى على كل من أقام بالاقطار المصرية » وعلى ذلك يكون قانون سنة ١٨٩٤ سارياً على الاجانب أيضاً باعتباره داخلًا بالمادة ١٠ المذكورة . ويرد المعارضون بأن محل الاخذ بالمادة ١٠ هذه إنما يكون في حالة عدم المساس بحقوق مكتسبة للاجانب^(٦) ويقول أخيراً خصوم قانون سنة ١٨٩٤ بأن هناك اتفاقاً بين الحكومة المصرية والدول الاجنبية في أول يناير سنة ١٨٨٩ بأنه لا يعمل بالوامر الخاصة بنظام الاراضى والجسور والترع الا بعد أخذ رأى الجمعية العمومية^(٧) وأن الغرض من أخذ رأى هو معرفة ما اذا كانت الاوامر ، أى القوانين ، قد خالفت ما هو مقرر بنصوص المعاهدات^(٨) والاتفاقات^(٩) أم لا وما دام أن حقوق الارتفاق قد تقرر بالقانون المدنى باعتباره عقداً دولياً^(١٠) مع الدول أمحباب الامتيازات الاجنبية^(١١) فانه لا يجوز اضافة أى شىء ما عليها

(١) Titre de leur constitution

(٢) Usages locaux وتقول المادة الاحلية : « الارتفاق هو تكليف مقرر على عقار المنفعة عقار آخر أو لمنفعة الميرى Etat وتتبع فيه شروط المقد الذى ترتب عليه وجود ذلك التكليف وعرف البلاد usages locaux »

(٣) Règlement (٤) Création . دى مجلس ج ٤ ص ٢٣٢ ن ١٠٧

(٥) Lois de police et de sûreté

(٦) Droits acquis . دى مجلس ج ٤ ص ٢٣١ ن ١٠٦ — ص ٧٤ ن ١٦٠

(٧) Assemblée générale (٨) Traités (٩) Conventions

(١٠) Contrat international (١١) Puissances capitulaires

الابرضاء الدول هذه . ويقرر أنصار قانون سنة ١٨٩٤ بأنه لا يتحتم عن عدم أخذ مصادقة الدول ، اعتبار هذا القانون غير نافذ فيما لم يخالف فيه المعاهدات والاتفاقات^(١)

١٢٧ — وانا نرى أن المنتصرين لهذا القانون باعتباره نافذاً على المصريين والاجانب قد أصابوا فيما حاجوا به خصومهم . ونضيف على حججهم ما يأتي :

١ — ان المادة ١٠ مدني الخاصة بسريان قوانين الضبط على الاجانب أيضاً مادة نظامية تتعلق بحياة الدولة . ولقد أثبتنا بكتابتنا في مسؤولية الحكومة المصرية باعتبارها صاحبة الولاية العامة على أن الاجانب بمصر لم يكتسبوا حقوقاً فيما يتعلق بالنظام العام وشؤون الربط والضبط . انما كل ما اكتسبوه سواء بحكم الامتيازات قبل انشاء المحاكم المختلطة أو بعد انقائها انما هو الامتياز التشريعي^(٢) (في أن يكون لهم تشريع بنظام خاص طبقاً للمادة ١٢ مدني قبل تعديلها وبعد تعديلها سنة ١٩١١) والامتياز القضائي^(٣) (أي يقاضون أمام محاكم خاصة وهي المحاكم المختلطة في أحوال معينة) ولا يؤخذون جنائياً الا في المسائل التي تقيدت بلائحة انشاء المحاكم المختلطة ومنها المخالفات . وقلنا بأنهم لم يكتسبوا مطلقاً امتيازاً ادارياً^(٤) أي أن للسلطة الادارية بمصر حق التشريع باللوائح العامة فيما يتعلق بنظام الضبط والربط وأن تسرى لوائحها على الاجانب كالمصريين سواء بسواء . انما اذا قررت هذه اللوائح عقوبة ولم يؤخذ فيها رأى الدول صاحبة الامتيازات فلا تسرى العقوبة على الاجنبي . ولكن اللائحة في ذاتها من حيث مافقرته من المحظورات وأحوال المنع وما أمرت به وما نهت عنه نافذة على الاجانب . وهذا هو معنى ما قلناه بكتابتنا المشار اليه بأنه ليس للاجانب امتياز اداري ما بمصر . لانه من المستحيل عملاً وقوعه . وعلى ذلك نرى أن للائحة الترع والمساقى الصادرة سنة ١٨٩٤ تسرى على الاجانب لانها تدخل ضمن منطوق المادة ١٠ مدني مختلط

(١) دى هاس ج ٤ ص ٢٣٣ ن ١٠٨ (٢) Immunité législative

(٤) Im. administrative

(٣) Im. judiciaire

باعتبارها من القوانين الخاصة بالنظام العام والضبط والربط . وعلى ذلك فلا تتعارض هذه القاعدة التي قررناها مع ما قرره المادة ١٥٤ من الدستور المصرى الصادر فى ١٩ ابريل سنة ١٩٢٣ والتي تقول : « لا يخل تطبيق هذا الدستور بتعهدات مصر للدول الاجنبية ولا يمكن أن يمس ما يكون للاجانب من الحقوق فى مصر بمقتضى القوانين والمعاهدات الدولية والعادات المرعية ^(١) لان هذه المادة الدستورية انما تؤيد ما هو مقرر قبلها بالنسبة للاجانب أى لم تعترف لهم بامتياز ادارى . وكان بودنا لو ان واضع المادة ١٥٤ (وواضعوها هم غير اللجنة التى شكلت لوضع الدستور برمتها) قد اشاروا بها الى المادة ١٠ مدنى مختلط حتى تزيد القاعدة التى قررناها جلاء فوق جلاء وحتى تماسك احكام المادة الدستورية مع المادة ١٠ المذكورة التى نعتبرها أيضاً دستورية ولا محالة فيما يتعلق بمصر مع الاجانب وفيما يتعلق بما تأمر به وتنهى عنه قوانين الضبط والربط ، لا فيما يتعلق بالعقوبة كما رأينا . هذا ومن المستحيل صلا ومنطقاً أن يكون للاجانب بمصر امتياز ادارى ، أى لا تسرى أوامر الادارة عليهم من لوائح وقوانين بما يدخل تحت نص المادة ١٠ مدنى مختلط ، لانه اذا قيل بذلك لترتب عليه تعطيل النظام العام بمصر تعطيل مفسداً لكيان السيادة العامة للبلاد فى أخص . مظهر من مظاهرها وهو مظهر ضبط البلاد واحكام الحكم فيها بقوانين ولوائح الضبط والربط حتى لا تظهر الفوضى ويدب الاضطراب ٢ - وأما الاتفاق الدولى المعقود بين الحكومة المصرية والدول الممتازة سنة ١٨٨٩ فهو لا يشير مطلقاً الى ما يسمى بغير حق امتيازاً ادارياً . لان الحقوق المكتسبة المقول بها انما هى حقوق ليست مكتسبة ضد الادارة العامة للبلاد وسلطة الحكومة فى اصدار قوانين ولوائح الضبط والربط . والا لتعطل مفعول المادة ١٠ ، مع انها ، أخذاً بمذهب خصوم قانون سنة ١٨٩٤ ، هى الأخرى صك معقود بين الحكومة المصرية والدول الممتازة . والغرض بالحقوق المكتسبة الحقوق التى تتعارض مع السلطة الادارية المصرية المقررة لها بالمادة ١٠ المذكورة .

والا أصبحت هذه المادة لا مفعول لها وكأنها أثر بعد عين وأصبحت معطلة^(١)

٣ — ان اتفاق الدول الحاصل سنة ١٨٨٩ المذكور اشار كما قلنا بأنه لا يعمل بالنسبة للاجانب بالاوامر الخاصة بنظام الاراضى والجسور والترع الا بعد أخذ رأى الجمعية . ومعلوم أن الجمعية العمومية التى فوضت اليها أمر السلطة التشريعية المختلطة لم توجد إلا سنة ١٩١١ عند تعديل المادة ١٢ مدنى مختلط . وأما الجمعية العمومية التى أشار اليها اتفاق سنة ١٨٨٩ فلم تكن جمعية تشريعية مفوضاً اليها أمر السلطة التشريعية المختلطة ، بل الفرض منها على ما يظهر هو فقط معرفة ما اذا كانت أوامر الحكومة الخاصة بنظام الاراضى والترع والجسور قد خالفت القوانين السارية على الاجانب والمصريين معاً فيما يتعلق بقانون صفر سنة ١٢٦٧ (يونيو سنة ١٨٦٥) بأن ميزت بين المصريين والاجانب فى التكاليف العقارية أم لا . والا لو كانت الدول تريد فى سنة ١٨٨٩ أن لا تسرى هذه الاوامر على الاجانب الا اذا أصبحت كقانون خاضع للامتياز التشريعى المقرر للاجانب بعد مصادقة الدول الاجنبية ، لما كانت الدول فى حاجة الى الجمعية العمومية هذه سنة ١٨٨٩ وهذا يؤكد لنا أن مأمورية هذه الجمعية سنة ١٨٨٩ لم تكن تشريعية مطلقا بل مجرد رقابة فقط

٤ — ان القانون المدنى المختلط ولو أنه عقد دولى ، كما يقول خصوم قانون سنة ١٨٩٤ بين الحكومة والدول الممتازة ، وانه لا يجوز مساسه الا برضاء الطرفين مع مراعاة الاجراءات التشريعية المقررة للاجانب طبقاً للمادة ١٢ مدنى قبل تعديلها سنة ٩١١ وبعدها ، فهو لا يعتبر كذلك عقداً دولياً الا فى حدود المادة ١٠ مدنى المذكورة لأن هذه المادة الاخيرة هى الأخرى عقد دولى باعتبارها من القانون المدنى نفسه

٥ — ان الارادة الشاهانية الصادرة فى ٧ صفر سنة ١٢٨٢ (٢٥ يونيو سنة ١٨٦٧) أباحت للاجانب بالمقاطعات العثمانية امتلاك عقارات بها على شرط

الخضوع للقيود المقررة للملكية والسارية على الأهالي بلا امتياز بين المصري والاجنبى . وقانون سنة ١٨٩٤ لم يخرج عن كونه مؤيداً لهذه الارادة ، وللاوامر العالية الصادرة قبلها بمصر والتي أبيع فيها للاجانب بامتلاك ابعاديات وجفالك فى عهد محمد على كما رأينا . وليس من نظام الملكية فى مصر أن يسرى القانون على المصرى دون الأجنبى فيصبح بذلك الأجنبى ممتازاً عن المصرى ، مع أن الارادة الشاهانية حظرت امتياز المصرى على الاجنبى ، ومن باب أولى أن لا تميز الاجنبى عن المصرى باعتبار المصرى صاحب البلد ، والاجنبى طارئ عليها . وكل دولة ذات نظام انما تعمل على تنظيم شؤون الاجانب داخل بلادها بما يضمن لها بقاءها وحياتها فى جو لا تخشى منه على مصالحها العامة أى على مصالح الوطنيين أصحاب البلاد وحماها على أن القضاء المختلط قرر من طريق آخر أن قانون سنة ١٨٩٤ انما هو قانون خاص بالتشريع العقارى لمصر وانه يجوز للاجانب الاستفادة منه كما يستفيد الوطنيون سواء بسواء^(١)

وظننا أنه كان يجدر بالقضاء المختلط ، بدلا من أن يقول بعدم سريان قانون سنة ١٨٩٤ على الاجانب لعدم أخذ مصادقة الدول الممتازة عليه ، أن يناقش هذا القانون وعلى الأخص المواد ٢٧ و ٢٨ منه فيما اذا كان بصدوره أصبحت المادة

(١) استئناف م ١٦ ابريل سنة ٩٢٥ م ت ق ، ٣٧ ، ٣٤٢ وذلك أن المادة ٤ فقرة ٤ من قانون سنة ١٨٩٤ قررت بأن مصاريق حفظ الجسور وقت الفيضان على الحكومة . بطاقت الحكومة وأخذت أثرية وذلك لمناسبة تطبيق المادة ٤ فقرة ٢ من القانون المذكور (الذى جعلت مصاريق حفظ الجسور وقت طغيان المياه من الفيضان على الحكومة) مع المادة ١٤ من قانون نزع الملكية رقم ٢٧ سنة ٩٠٦ (الذى قررت ضرورة مراعاة ما زاد أو نقص من قيمة الباقي من العقار المنزوعة ملكيته وقت تقدير التوزيع) — قانون ج ع ٣ ص ٣١١ ن ٣٢٦٠ . ومعنى ذلك أن قانون سنة ١٨٩٤ انما هو قانون عقارى مصرى بحث سار على كل من يقطن مصر من مصريين وأجانب . واذا كان القضاء المختلط يقرر بأن للاجانب حق الاستفادة من هذا القانون فانه من المهم ضرورة أن يقول أيضاً بأن هذا القانون حجة عليه اذ ليس من القانون أن يقال بأن قانون من القوانين يسرى من حيث توجد المصلحة للفرد ولا يسرى على هذا الاخير اذا لم تكن له مصلحة ظاهرة فيه وقتية وحالة . لان الاستفادة من القانون هى الاعتراف بسيريته على المستفيد . ومن أصابته فائدة عليه محمل ما يقابلها أى النعم بالنعم ان صبح ذلك هنا تشريفاً

٥٤ مدني مختلط ملغاة لا عمل لها . أي يعمل كما يعمل القضاء الاهلي في جمل
الجدل مقصوراً على الغاء المواد القانونية المدنية التي أصبحت في ظاهرها تتعارض
مع قانون سنة ١٨٩٤ وعلى الاخص فيما قرره هذا الاخير بالمادة ٤٢ اذ قرر بأنه
« يلغى كل ما كان من الاحكام السابقة مخالفاً لأمرنا هذا »

ولكن القضاء المختلط لم يفعل ذلك وسار في طريق الجدل بحيث قد قطع
خط الرجعة على هذا الخلاف الذي ظهر بالقضاء الاهلي

هذا ولا يفوتنا أن نقول بأن المادة ٥٤ مدني مختلط قد تعدلت سنة ١٩١٢
بالكيفية التي رأيناها ومع ذلك فإنها لم تشر الى قانون سنة ١٨٩٤ من حيث حق
الشرب وحق المسيل في كيفية تقديرهما وانشائهما ونظامهما . وربما كانت ذلك
دليلاً جديداً لخصوم هذا القانون ولكنهم لم يقولوا به بعد . على اننا لا نرى في ذلك
ما يضعف شأن قانون سنة ١٨٩٤ في أنه سار على من يقطن مصر من مصريين وأجانب
وحججنا في ذلك كما سنبينه بعد أن قانون سنة ١٨٩٤ انما قرر طريقة ثانية
في طلب حق الشرب وحق المسيل بجانب الطريقة المقررة بالمادة ٥٤ مدني مختلط
وأصبح لصاحب الحق طريقان في الطلت : طريق قضائي أمام المحاكم العادية .
وطريق اداري . وأما عبارة المادة ٤٢ الأخيرة القائلة بالغاء كل ما تقدم القانون مما
هو مخالف له فإنها لا تنصرف الى مواد القانون المدني باعتباره أصلاً لا يلغى الا
بنص صريح فيه ، بل تنصرف الى القانون السابق عليه الصادر في ١٢ ابريل سنة
١٨٩٠ والذي شرحنا بعض نصوصه تمهيداً للقانون الحاضر الصادر سنة ١٨٩٤
الذي صدر بعده على شكل أتم ، كما يؤيدنا في ذلك بعض أحكام القضاء الاهلي
وهانحن أولاء الآن نبين الآثار القانونية لقانون سنة ١٨٩٤ على القانون
المدني الاهلي

ب - في الآثار القانونية لقانون سنة ١٨٩٤

على القانون المدني الاهلي

كما رأينا أن لصاحب حق الشرب وحق المسيل أن يطلب تقرير حقه الى الادارة بالطريقة التى بينهاها . وتفصل فى طلبه لجنة فنية من حيث تقرير الحق (المادة ٩) ولجنة تعويض من حيث تقدير الضرر الذى يعود على من تمر بأرضه مجرى الماء ريكاً أو مسيلاً (المادة ٢٧) وقد رأينا أيضاً أنه يجوز رفع استئناف عن قرار اللجنة الاولى دون الثانية . ولما صدرت هذه اللائحة فقرر الفقه والقضاء الاهليان بمصر أن المادتين ٩ و ٢٧ من اللائحة قد أبطلتا مفعول المادة ٣٣ مدنى أهلى التى تبسح للقضاء حق الفصل فى أمر حتى الشرب والمسيل بدليل أن المادة ٤٢ الاخيرة من اللائحة قررت الغاء ما تقدمها من النصوص (١)

وعلى «دى هلس» رأيه بأنه لولا الابطال لاصبحت اللائحة كأن لا عمل لها أى باطلة . وهذا التعليل بلا وزن ولا تقدير . وعلى القضاء (٢) بأن المشرع رأى أن الفصل فى مثل هذه المسائل الخاصة بالرى بطريقة ادارية أضمن للطرفين ، والا كانت اللائحة عبئاً لا فائدة منها . وهو تعليل يحكى تعليل «دى هاس» لأن هذا الحكم رجع اليه . والذى زاه نحن ونقول به كما أيدتنا فيه أحكام بعضها غير منشور والبعض الآخر منشور (٣) أن المادة ٣٣ / ٥٤ مدنى لا زالت باقية وأنها لم تبطل وحججتنا فى ذلك ما يأتى :

(١) ان لائحة سنة ١٨٩٤ قد تقدمتها لائحة سنة ١٨٩٠ وقد قررت هذه الاخيرة بالمادتين ١٠ و ٦٠ ما قررته لائحة سنة ٩٤ بالمادتين ١٠ و ٢٧ فى حقى الشرب والمسيل . وقررت لائحة سنة ٩٠ بالمادة ٤٠ ما قررته لائحة سنة ٩٤ بالمادة ٤٢ من الغاء ما تقدمهما من الاحكام ولم تشر كل من اللائحتين الى القانون المدنى مع

(١) شرح المدنى لفتحى باشا دغول ص ٦٠ — دى هلس ج ٤ ص ٢٣٤ ن ١١١ — استئناف ٧ ديسمبر ٩٢٠ م ر ٢٣ ، ١٠ ص ٤٤ عدد ٣٨ . — محكمة الزقازيق الكلية فى ١٤ فبراير سنة ٩٢٣ م ر ٢٤ ، ١٠ ص ١٨٤ عدد ١٠٧

(٢) فى حكمه الاخير الصادر من محكمة الزقازيق فى ١٤ فبراير سنة ٩٢٣

(٣) محكمة قنا الكلية فى ١٣ مايو سنة ٩١٣ م ر ١٤ ، ١٠ ص ١٣٥ — مجموعة حمدى بك السيد فى التعليقات على القانون المدنى ص ٣٦ ن ١٨٥

أن الفترة بينهما ٤ سنوات الى القانون المدني وأحكامه . لان في عدم الاشارة اليه معنى عدم المساس به باعتباره أنه هو الاصل في المعاملات ولا يمكن مساسه الا بمساح مواد بالذات أو بالنص على المساس اذا صدر قانون آخر وله اتصال به ^(١) ويكون الغرض من ذكر مادتي الالغاء في اللائحتين الاشارة الى ما تقدمهما من اللوائح الاخرى الخاصة بالترع والمساق وغير ذلك

(٢) ان لائحة الترع والجسور في عدم التنويه بها ولوعرضاً عن القانون المدني ما يشعر بأن الشارع أراد ابقاء القانون المدني كما هو فيما قرره بالمادة ٥٤ من التجويز للقضاء بالفصل في حق الشرب وتقدير التعويض . وليس بعيداً ولا بما يتعارض مع القواعد العامة للقانون أن يقرر الشارع طريقتين للحق لاجل الوصول الى تقرير هذا الحق : طريق اداري قضائي وطريق قضائي محض . نقول ادارياً قضائياً وغرضنا من ذلك أن من يتبعه فليس له اتباع غيره بعد الفصل في طلبه . لان القرار الاداري القضائي يحوز قوة الشيء المحكوم فيه باعتباره صادراً من لجنة ادارية قضائية يجوز الطعن في قراره بالاستئناف كما قررت ذلك المادة ١٠ من لائحة سنة ٩٤ ^(٣) وان احتج على ذلك بأن الطريق الاداري هو الأضمن لامتصاصين في تقرير الحق وبيان استعماله من القضاء العادي لان قضاء اللجنة فنيون وقضاة لجنة التعويض مزاولون لحرفة الفساحة ، قلنا بأن ذلك لا يضير القضاء لانه يستعين بخبراء فنيين أيضاً

(٣) وربما كان القضاء العادي أسلم في نظرنا من القضاء الاداري في هذا الشأن لأنه وان كان أعضاء اللجنتين الفنية ولجنة التعويض ملينين باصول الزراعة وشؤونها وهو ما يمكن سدده تقصه في القضاء العادي بالتدابير خبراء كما قلنا ، فانهم

(١) وربما أيدنا في هذا الرأي ما ورد بصدر اللائحتين في أن صدور كل منهما بعد أخذ رأى مجلس شورى القوانين الذي كان مرفوقاً في ذلك الوقت بمقتضى القانون النظامى المصرى القديم الموضوع سنة ١٨٨٣ وبعد ما عرضه ناظر الاشغال ولم يذكر ناظر الحفانية

(٢) كتابتنا في المداينات والالتزامات أو الاتيات ج ٢ في قوة الشيء المحكوم فيه

لا يستطيعون الامام بالمسائل العلمية القانونية التي أشرنا إليها في شرحنا للمادة ٥٥ مدني مختلط وعند ما استعرضنا أحكام القضاء المختلط فيما قرره هذا الاخير من مبادئ قانونية ذات أهمية خاصة فيما يتعلق بقوة حق الشرب . أليس حق الشرب بالقانون المذكوراً بباب حقوق الارتفاق ؟ وكيف يتمكن أعضاء اللجنتين من تقرير الحقوق الارتفاقية وبيان ميولها وأحوالها وأوقات انقضائها وزوالها وزوال ما تعلق بها من الحقوق الاخرى ؟ هل يستطيعون ، وهم رجال زراعة كما رأينا ، الاستعانة بالقانون المدني وأصوله فيما يتعلق بحقوق الارتفاق وغيرها ، أم ينتدبون هذه المرة رجال فن في القانون بمثابة خبراء يبينون لهم أصول القانون ويشرحون لهم ما غمض منه وما استتر فيه !! وهذا لا يكون

ولعل من ضمن الاسباب التي دعت القضاء المختلط الى القول بعدم سريان لائحة سنة ٩٤ على الاجانب ^(١) هو ذلك السبب الهام جداً فيما يتعلق بالامام بالاصول القانونية وشتات القانون المدني . اذ خشي في أنه اذا أخذ بهذه اللائحة ربما تترتب عليها اضرار قانونية أمام الاجان الادارية تستحيل معالجتها فيما بعد اذ يحوز القرار قوة الشيء المحكوم فيه

وربما كان القضاء المختلط يعدل عن رأيه فيما لو كانت اللائحة قد نصت على أن الطريق الاداري في تقدير حق الشرب اختياري بجانب الطريق القضائي المقرر بالمادة ٥٤ مدني مختلط

(٤) ان محل القول بالغاء المادة ٣٣ / ٥٤ مدني فيما اذا تعارضت مع لائحة سنة ٩٤ . وليس هناك تعارض مع الاختيار

(٥) ان الغاء نص من قانون عام لا يلغى بنص من قانون خاص بدون الافصاح عن هذا الغاء بعبارة لا تقبل تأويلاً . ولذا يظل كل من النصين قائماً مستقلاً عن الآخر

١٢٩ — قد يمكن أن نقول ان لائحة سنة ٩٤ قد عدلت نوعاً ما من المادة

(١) ولم ينصح القضاء المختلط عن ذلك في حكم من أحكامه

٣٢/ ٥٣ مدنى فيما قررته هذه المادة من أن « من أنشأ ترعة فله الحق فى الانتفاع بها دون غيره بمائها » اذ قررت اللائحة المذكورة بالمادة ٨ بأنه يجوز طلب انشاء مسقة صيفى بالطرق الادارية الميينة بها وتصبح ملكا للطالب بعد دفع التعويض الا أن حق الملكية هذا محدود بما يمكن أن يترتب للجيران من المنفعة فيما اذا أرادوا رى أراضهم من هذه التربة حتى فى زمن التحريق^(١) بعد أن يأخذ صاحبها ما يكفيه من المياه لرى أراضيه. وفى هذه الحالة يجب على الجيران المنتفعين أن يشتركوا مع صاحب المسقة فى مصاريف الانشاء^(٢) والصيانة^(٣) بنسبة مساحة أراضهم . فبعد ان كان الحق كله لصاحب المسقى بمقتضى المادة ٣٢/ ٥٣ مدنى ، أصبح مقيداً بحق منفعة الجيران بالمادة ٨ من لائحة سنة ٩٤ . وهذا القيد انما هو قيد عرضى فى حالة خاصة وهى حالة انشاء ترعة صيفى . ولا يؤخذ فيه الا بقدر ما قرره من الاستثناء . وهنا يقرر المعارضون للائحة أن مادتها ٨ هذه لا تسرى الا على المصريين دون الاجانب . اليس غريباً أن أرض بلد واحد تعامل بقانونين على أن الارض هى هى وان الغرض المصلحة العامة ؟ ألا يستفيد المالك الاجنبى من هذه المادة فيما اذا كان جاراً لملك المسقى المصرى ؟ وكيف يستفيد اذا قال بعدنم سريان اللائحة عليه ؟ أليس الضرر ظاهراً عليه كما يظهر على جاره فيما اذا كان الاجنبى هو المالك للمسقى وأراد المصرى الانتفاع بها طبقاً للمادة ٨ ؟ أليست المصلحة تقضى بجعل القانون واحداً على أرض واحدة يتبادل أصحابها المنافع بحكم الجوار ؟

١٣٠ — هذا ونرى أن اللائحة قد بينت متى تعتبر التربة ضومية أو خصوصية وكذلك المصرف متى يعتبر عمومياً أو خصوصياً

الترعة العمومية :^(٤) هى المجرى المعد لرى اكثر من بلدين^(٥) كلها أو بعضها وثقة انشائها وصيانتها على الحكومة غالباً . وهى من الاملاك العمومية .

واستعمال الافراد لجسورها انما من طريق التسامح^(١) (المادة الاولى)

المسقى الخصوصية^(٢) : يراد بالمسقى قناة^(٣) أو مجرى^(٤) معد لرى أراضى بلد واحد أو بلدين فقط . وهى مملوكة للافراد وهى مصادرها عليهم ويجوز للحكومة تطهيرها على نفقة أصحابها (المادة ٢) ويجوز للفرد توسيعها بقيود خاصة (المادة ١٠) ويجوز هدمها اذا تعطل أصحاب الأراضى ذوو الشأن (المادة ١٣) ويجوز التضيق من ربح فم المسقى^(٥) اذا كانت أوسع مما يجب (المادة ١٤) ومطالبة صاحبها بتطهيرها وتنظيفها (المادة ١٦) ويجوز لصاحبها استبدالها (المادة ١٧) واذا هدمها الجار أو آخر جاز اثاره ادارياً بمصاريف الاعادة (المادة ١٩) ويجوز للادارة قطع أو تقليم الاشجار التى تعوق سير مياه التربة أو تعطل الملاحة فيها أو السير على جسورها . ويبيع ما قطع ويسلم ثمنه لصاحب الشأن (المادة ٢٠) ويباح للافراد زراعة الجسور غير المعدة للسرور (المادة ٢١) ويجوز نزع الملكية فى سبيل أعمال الوقاية من غوائل المياه (المادة ٢٤) وقررت اللائحة عقوبات مالية وجسمانية لمن يرتكب المخالفات المعينة بها (المادة ٣٢)^(٦)

المصرف^(٧) : هو أخذود^(٨) أو حفير مستطيل معد لصرف مياه الاراضى سواء كانت مياه رى أو مياه سيل أو مياه صرف (المادة ٣)

المصرف العمومى : وهو عمومى اذا انصرفت فيه مياه أكثر من بلدين

المصرف الخصوصى : اذا انصرفت مياه بلد واحد أو بلدين

والصرف على المصارف والعناية بها كما تقدم فى الترع والمساقى

وأعمال الوقاية من الفيضان على الحكومة فى الجسور والرؤوس وغير ذلك

(المادة ٤)

(١) Par tolérance (٢) Rigole (٣) Chenal (٤) Cours d'eau

(٥) Ponceau de prise (٦) الحمامة ٤ ص ٢٩٥ مقال (٧) Drain

(٨) Fossé

هذا وقررت المادة ٤٠ بأن مشايخ البلاد وغيرهم مسئولون عن المحافظة على الجسور والترع . ويلزمون بالتعويض عند عدم معرفة الفاعلين^(١)

في قيود حق الملكية

١٣١ — نرى بعد ان ائلمنا بحق الملكية ومبلغ قوته وآثاره أن تأتي هنا بما يمكن أن يحد هذا الحق بقيود تقف به عند حدود معينة . ومن ذلك نرى الادلاء هنا بملاحظات ثلاث :

(١) ان هذه القيود انما هي تسرى على الأخص على الملكية العقارية^(٢) نعم ولو انه لم يكن لها الآن ازاء ملكية المنقول ما كان لها من الشأن العظيم من الوجهة القانونية والاجتماعية في العصور الأولى الا أنها أكثر تعرضاً لهذه القيود من ملكية المنقول لانها تكون في ذاتها شبه احتكار^(٣) في يد صاحبها ولهذا السبب شرعت قيودها حتى لا تنطلق بلاحد فتضر بالآخرين

(٢) ان نصوص هذه القيود كثيرة مشعبة ومنتشرة في مناح عدة . وماورد منها بالقانون المدني لم يصب محله من حيث مكان وجوده، اذ ورد بباب حقوق الارتفاق . وتسمى هذه القيود بحقوق الارتفاق الطبيعية والقانونية . وانتقد الشارحون الفرنسيون أولاً ورود هذه القيود بباب حقوق الارتفاق وثانياً التسمية المختلفة التي آتى بها الشارع الفرنسي لحقوق الارتفاق من انها طبيعية وقانونية وبفعل الانسان^(٤) ولم يذكر هذه التسمية الشارع المصري بالمواد ٥١/٣٠ — ٦٥/٤٣ مدني انما اصطلح عليها الشارحون وصلوها بها برغم ما لاحظوه من أوجه النقد

(٣) من بين قيود الملكية التي سيرد القول فيها بعض قيود يتفق عليها الافراد

(١) المحاماة ٤ س ٨٨ و ٢٩٧ مقال (٢) Propriété foncière

(٤) كولين وكابتن ج ١ ص ٧٤٣

(٣) Monopole

أنفسهم بأن ينزل المالك عن حقه في ملكه الى جاره بما ينشأ عنه زيادة في حق هذا الاخير ونقص في حق الاول . ولقد سعى بعض الشارحين هذا الحق الزائد من جهة والناقص من جهة أخرى بنصف الحق العيني^(١) ، مع انه لا محل لهذا العمل في تلك التسمية اذ يسمى هذا الحق بالحق العيني بلا نقص ولا زيادة مادام انه متفرع عن حق الملكية . لانه لم يخرج عن كونه مظهرًا من مظاهر دكن من أركان الملكية وهو حق التصرف^(٢) الذي يملكه كل من يملك حق الملكية

والقيود هذه على ثلاثة طوائف : (١) قيود ترجع للقانون الادارى اذ قررها القانون تقييداً للمالك في سبيل المنفعة العامة . - (٢) وقيود قررها القانون المدنى في سبيل حماية جوار المقارات لبعضها البعض . - (٣) وقيود تعاقدية يقررها العاقدان بمحض ارادتهما وهى المتعلقة بشرط عدم التصرف^(٣) ذلك الشرط الذى يشترطه لنفسه من يتنازل عن عقار لغيره
وها نحن نبين كل نوع على حدة :

(١) الطائفة الاولى . في القيود الادارية

١٣٢ - يرجع في هذه القيود الى اعتبارات مختلفة :

القيود بسبب المصلحة العامة : وأهم القيود القانونية التى تحد من الملكية هو نزع الملكية للمنفعة العامة^(٤) اذ بهذا القيد يجوز لكل مصلحة عمومية في سبيل المنفعة العامة نزع المقار من يد مالكة بعد دفع التعويض المناسب مقدماً (المادة ٩ من الدستور المصرى الصادر فى ١٩ ابريل سنة ١٩٢٣ ونصها : « للملكية حرمة^(٥) فلا ينزع عن أحد ملكه الا لسبب المنفعة العامة فى الاحوال المبينة فى القانون وبالكيفية المنصوص عليها فيه وبشرط تعويضه عنه تعويضاً عادلاً^(٦) »

Jus utendi (٢)

Droit semi-réel (١)

Clause d'inaliénabilité (٣)

Expropriation pour cause d'utilité publique (٤)

Juste indemnité (١)

Inviolable (٥)

والمادة ٥٤٥ مدنى فرنسى) وسنشير الى هذا القيد عندما نتكلم على الضمانات القضائية المقررة للملكية

٢ (القيود بسبب الطمأنينة ^(١) والنصم العامة ^(٢) : وهذه القيود مقررة بقوانين ولوائح التنظيم ^(٣) وهى قيود ايجابية أو سلبية فيما يتعلق بنظام الشوارع ^(٤) ونظام الابنية وهدم الابنية المتداعية للسقوط (الامر العالى فى ٢٠ أغسطس سنة ١٨٨٩ وقرار وزارة الاشغال فى ٨ سبتمبر سنة ١٨٨٩ الخاص باللائحة التنفيذية) والقيود الخاصة بالمحلات الخطرة ^(٥) والمقلقة للراحة ^(٦) والمضرة بالصحة ^(٧) (قانون ٢٨ أغسطس سنة ٩٠٤ رقم ١٣ وقرار وزارة الداخلية فى ٢٩ أغسطس سنة ٩٠٤) والقيود الخاصة بنزع المراحيض ^(٨) (قرار الداخلية فى ٨ نوفمبر سنة ١٨٨٦ المعدل بقرار ٢ يونيو سنة ١٩١٠) والبرك والمستنقعات (الامر العالى فى ٢٦ ابريل سنة ٩٠٠)

٣ (القيود بسبب الاقتصاد الاجتماعى ^(١) : وهى ما سبق أن تكلمنا عنها بشأن القيود الخاصة بتوزيع المياه . ونزيد على ذلك القيود الخاصة بالزراعة لوقاية القطن والمزروعات (قوانين رقم ٥ سنة ٩١٢ و ٦ سنة ٩١٣ و ١١ سنة ٩١٨ و ٤١ سنة ٩٢٠ و ٢٠ سنة ٩٢١) وبإبادة الجراد ^(١٠) (الامر العالى فى ٢٦ ابريل سنة ٩٠٤) وما يتعلق بالابنية التاريخية والآثار (قانون رقم ٤ سنة ٩١٢)

٤ (القيود بسبب الدفاع عن البلاد ^(١١) وهى الخاصة بحقوق الارتفاق الحربية

٥ (القيود بسبب المصلحة المالية ^(١٢) : وهى كثيرة ومنها منع زراعة الدخان وصنع الكحول وغير ذلك

Voirie (٣)	Salubrité (٢)	Sécurité (١).
Établissements dangereux (٥)		Alignement (٤)
Fosses d'aisance (٨)	Insalubres (٧)	Incommodes (٦)
Destruction des sauterelles (١٠)		Économie social (٩)
Intérêt fiscal (١٢)		Défense nationale (١١)

اتهمنا الآن من القيود الادارية ولنتنقل بعد ذلك الى القيود القانونية

(٢) الطائفة الثانية . فى القيود القانونية

الخاصة بالجوار

١٣٣ — هذه القيود القانونية ^(١) الخاصة بالجوار ^(٢) على ثلاثة أنواع :

(١) القيود السلبية وهى كثيرة اذ تحظر على الملاك القيام بعمل معين ^(٣) أى تجعلهم فى موقف سلبي — (٢) القيود الايجابية أى يلتزم الملاك باجراء عمل معين ^(٤) — (٣) قيود قررهما القضاء نفسه بأن حظر على الملاك الجيران أن يعملوا ما فيه الاضرار ببعضهم البعض

وها نحن نبين كل نوع من هذه الأنواع على حدة

١ — الفرع الاول : القيود السلبية ، فى المحظورات على الاملاك

١ — الالتزامات الخاصة بنظام المياه

١٣٤ — ان نظام الانتفاع بالمياه وتوزيعها يدعو الى الأخذ بالقيود الآتية

(١) هو الارتقاء الخاص بحق المسيل ^(٥) وهو الحق المقرر للمالك الارض العليا أن يصرف مياه الأمطار أو المياه المنزلية بالطريق العمومى أو بالمصارف العمومية من طريق المرور بأرض الجار . وفى ذلك تقول المادة ٤٢ / ٦٤ مدنى ما يأتى : « يجب على كل مالك أن يصرف فى أرضه أو فى الطريق العام مياه الامطار ^(٦) ومياهه المنزلية ^(٧) بالتطبيق على اللوائح الصحية » (المادة ٦٤٠ و٦٨١ مدنى فرنسى) وحق المسيل هذا هو غير حق الصرف الذى رأيناه . اذ حق المسيل منصرف الى المياه المتخلفة عن الامطار والمياه المنزلية . وأما حق

Abstension (٢)	Voisinage (٢)	Restrictions légales (١)
Servitude d'écoulement d'eau (٥)		Prestations actives (٤)
Eaux menagères (٧)		Eaux pluviales (٦)

لصرف فهو خاص بمياه اصلاح الارض ومياه الرشغ وغير ذلك على شرط وجود مصارف عامة ، بحيث اذا لم توجد مصارف عامة فلا وجود للحق — وعلى ذلك لا يجوز تصريف هذه المياه الأخرى ، وهي خلاف مياه الأمطار والمياه المنزلية بتحميل الجار تصريفها ^(١) وأما حق المسيل هذا المقرر بالمادة ٤٢/٦٤ فهو قائم حتى ولو لم توجد مصارف عامة لأنه يمكن صرف المياه الى الطريق العام مع مراعاة القيود الصحية المقررة بلوائح الصحة . ولا يجوز لصاحب الأرض الدنيا أن يعمل على تعطيل حق المسيل كما أنه لا يجوز لصاحب الأرض العليا أن يعمل على ما فيه مضايقة الجار المحمل بحق الارتفاق

ويقول القانون مياه الامطار والمياه المنزلية ولم يقل المياه الطبيعية ^(٢) التي قال بها الشارع الفرنسي بالمادة ٦٤٠ . فاذا كانت المياه مياه نبع فهل يجوز تصريفها بمقتضى المادة ٤٢/٦٤ ؟ يجوز ذلك بالرجوع الى القواعد العامة المستفادة من المادة ٦٤٠ و٦٨١ مدني فرنسي ولأجل المصلحة العامة على شرط دفع تعويض لصاحب الأرض الدنيا ^(٣)

(٢) في الالتزامات المتعلقة بالرى والصرف : وقد سبق أن رأينا ذلك في مكانه والآثار القانونية للاتحة سنة ٩٤ على القانون المدني ^(٤)

ب — في الالتزامات الخاصة بالمناور والمطلات

١٣٥ — ما دام أن الانتفاع بحق الملكية انتفاع مطلق من كل قيد الا فيما أضر بالغير وخالف القوانين واللوائح فكان يترتب على ذلك أن المالك حر في تقرير مظاهر هذا الانتفاع على اختلاف أنواعه ، كأن تكون له الحرية المطلقة

(١) ج ج ١ ص ٣٢٨ ن ١٣٤١ (٢) Eaux naturelles

(٣) استئناف م ٦ مايو سنة ١٨٩٧ ثم ت ق ، ٩ ، ٣٢٨

(٤) القوانين الفرنسية الخاصة بالرى والصرف هي قانون ٢٩ ابريل سنة ١٨٤٥ و ١١

يوليو سنة ١٨٤٧ و ١٠ يونيو سنة ١٨٥٤ : كولين وكابتان ج ١ ص ٧٤٨

أيضاً في اضاءة ملكه كما يرضى ويرغب . ولكن الشارع رأى أن يقيّد حرية الاضاءة هذه باعتبارها مظهراً من مظاهر الانتفاع بالملك وهو يرمى بهذا القيد الى حماية المصلحة العامة ورفع ما يمكن أن يقع بين الجيران من حزازات تنشأ عن مضايقات الجوار . اذ في كشف الجار على جاره ما يفتح مجالاً الى الاخذ والرد بينهما من رؤية الواحد للآخر من جهة ومن تبادل الرمي والالتقاء بالاوراق والزجاج المكسور والى غير ذلك ، من جهة أخرى ، لذا عمل الشارع على معالجة هذه المضايقات لا برفعها بتاتاً بل بتخفيف شأنها حتى يمكن الاخذ بأخف الاضرار وكل ما ورد بهذا الشأن فيما يتعلق باضاءة الملك بالنور الطبيعي من فتح مناور ومنافذ هو المادة ٣٩/٦١ مدني اذ نصت على ما يأتي : « لا يجوز للجار أن يكون له على جاره مطل مقابل على خط مستقيم ^(١) بمسافة أقل من متر واحد » (ورد بالنص المختلط بين قوسين تفسيراً للمتر الواحد ما يأتي : « ذراعان ^(٢) وثلاث ذراع تقريباً » . وهو خطأ حسابي لأن الذراع مقدر بمقدار ٧٥ سم فالذراعان وثلاث تقدر بمترين تماماً وهذا يخالف المسافة المقدرة بمتر . ولذا يجب الاخذ بالمتر الواحد هنا لا بالذراع الذي ورد من طريق التفسير لا من طريق الأصل) ثم قرر الشارع في كيفية قياس المتر بالمادة ٤٠/٦٣ مدني : « تقاس تلك المسافة اما من ظهر الحائط ^(٣) الذي فيه المطل المذكور أو من ظاهر ^(٤) الخرجة ^(٥) أو المشربة ^(٦) »

والآن نريد معرفة ماهو المطل وما هو المنور وما الفرق بين الاثنين وماهي الاحكام القانونية المقررة لكل منهما ، وهي الاحكام المستفادة من القضاء والقانون وطبيعة حق الارتفاق هذا

١٣٦ - في المناور ^(٧) : المناور ، وهي على عكس المطلات الحرة ^(٨) هي

Parement extérieur (٣)	2 pies (٢)	Vue droite (١)
Saillie (٦)	Bacon (٥)	Ligne extérieure (٤)
vues libres (٨)		Jours de souffrance (٧)

الفتحات^(١) التي لا تصلح الا للاضاءة وادخال النور على الغرف لا للنظر ولا لرمي البقايا^(٢) على الجار (وهي كما تقول المادة ٦٧٦ مدنى فرنسى ذات شبك من الحديد^(٣) أو ذات زجاج مثبت لا يفتح)^(٤) وفوق ذلك فانه يجب أن تكون مرتفعة عن أرض الغرفة بعض الارتفاع بحيث لا يمكن للانسان أن يطل منها الا اذا استعان بشيء (المواد ٦٧٦ و ٦٧٧ مدنى فرنسى)

١٣٧ — المظلات^(٥) : وأما المظلات أو الفتحات الحرة^(٦) أعنى الشبايك العادية^(٧) فهي اما مستقيمة^(٨) أو منحرفة^(٩) . والمطل المستقيم هو ما أنشئ في الحائط بطريقة توازى تماماً أو تقريباً منزل الجار . وبالايجاز يقال بأن هناك مطلا مستقيماً اذا استطاع الانسان أن يرى به الجار بمجرد أن يضع رأسه في محور الشباك^(١٠) دون أن يكون في حاجة الى ادارة رأسه يمنة أو يسرة . وأما المطل المنحرف فهو ما كان على عكس ما تقدم أى فيما اذا كان منشأ بالحائط على شكل عامودى تماماً أو تقريباً بالنسبة لمنزل الجار

اذا تقرر ذلك وجب اعتبار المظلات المنحرفة أقل مضايقة للجار عن المظلات المستقيمة . وان المناور أقل مضايقة أيضاً عن المظلات أى الشبايك العادية وبعد هذا البيان يجب الوقوف على ما ترمى اليه المادة ٦١/٣٩ مدنى وعلى ما قرره القضاء والفقهاء بمصر بشأنها . ونقسم القول هنا الى قسمين : قسم يتعلق بالنوافذ العادية أى الشبايك أو المظلات . وقسم يتعلق بالمناور . ونبين لكل منهما أحكامه القانونية

§ ١ — النوافذ العادية أى الشبايك أو المظلات

١٣٨ — نريد بهذه النوافذ الشبايك العادية التى تنشأ في البيوت والعمارات

à fer émaillé (٣)	Débris (٢)	Ouvertures (١)
jours libres (٦)	Vues (٥)	à verre dormant (٤)
	Droites (٨)	Fénêtres ordinaires (٧)
	: Axe (١٠)	Obliques (٩)

لا لأجل ادخال الهواء والنور فقط بكية وافرة بل لأجل النظر منها دون تكلف وعناء ولجرد أن يطل منها الانسان اما بالتدلى ليرى ما هو بالاسفل واما من غير التدلى ليرى ما هو أمامه

والاصل فيها ان يكون مالك البيت حراً في انشائها بأبعاد غير مقيدة بقيود ما من حيث طولها وعرضها وارتفاعها . ولا تقف به حرية حق الملكية الى ذلك فقط بل هو ينشئها بالبيت على ما يرى من البعد بينها وبين الجار ما دام انه داخل حدود ملكه وانه ينشئها بداره

ولكن حرية الثانية في انشاء النوافذ على ما يرى من البعد بينها وبين الجار حرية لم يرد الشارع أن يطلقها من قيود حق الملكية ، وهي القيود التي أراد بها الشارع المصلحة العامة وقطعاً لما يحتمل أن توغر به الصدور من تبادل رمى البقايا وتبادل رؤية الجارين لبعضهما البعض . فعمل الشارع على معالجة تلك المضايقات الجوارية لامن طريق منعها بثباتاً بل من طريق التخفيف من أثرها كما قلنا

وفي ذلك قرر الشارع بأنه يجب أن يكون هذا المطل على بعد من دار الجار لا يقل مطلقاً عن متر واحد (المادة ٣٩/٦١ مدني المذكورة) أى انه لاجل أن يكون المالك للبيت حراً في التمتع بحق النظر والهواء والضوء من هذه النافذة ان يتقيد بهذا القيد وهو أن يكون الشباك بعيداً عن الجار بمسافة متر على الأقل

وعلى ذلك اذا خالف المالك هذا القيد في فتح النافذة التي وصفناها وأحدثها بداره على بعد أقل من متر واحد ترتب على ذلك اعتداء منه على حق الغير في انتهاك حرمة ملكيته بالاعتداء على الحق المقرر له بالقانون في ترك مسافة قدرها متر واحد لتكون بمثابة حرم بين الدارين

فاذا وقعت المخالفة كان القضاء في حل من اجابة طلب سد النافذة حتى ولم يثبت حصول ضرر لان الضرر مفروض قانوناً^(١) ونعتبر هذا الفرض قرينة

(١) القضاء ٤ ص ١٧٨ — الحقوق ١٥ ص ٣٧ — مجموعة حدى بك السيد مدني

ص ٣٧ ن ١٨٩ والمهامش ١ — مجموعة جمال الثانية ص ٢١٥ ن ٦٧٠

قانونية لا تقبل الدليل العكسي^(١). ويقوم الطالب بالسد على مصاريف خصمه أو يقوم الأخير بالسد بمصاريف من عنده ولا يجوز مطلقاً الاكتفاء بالحكم هنا بتعويض للجار المضار في حرم داره وبقاء النافذة قائمة بل لا بد من الحكم بالسد ولا محالة^(٢)

وإذا ظلت المخالفة قائمة مدة التقادم، أي إذا ظلت قائمة مدة ٢٥ سنة ولا يحرك الجار ساكناً وهو يرى النافذة أمامه تضايقه في كل آن دون أن يحتج بأي احتجاج قانوني، فهل يسقط حقه في الاحتجاج بعد مضي مدة التقادم هذه فلا يملك بعدها الحق في طلب سد النافذة؟ أو بعبارة أخرى. هل إذا ظل المخالف يعمل بالمخالفة مدة ١٥ سنة وجاره يعلم بها ويسكت عما نزل به من المضايقة منها، هل يملك المخالف حق فتح النافذة ملكاً نهائياً لا يعارضه فيه معارض، وما كان محظوراً عليه بالامس ومخالفاً للقانون باعتبار أنه اعتداء يصبح بعد مدة ١٥ سنة أمراً مشروعاً مطابقاً للقانون أي ما كان بالامس اعتداءً محظوراً يصبح حقاً مقررًا؟ نعم يملك المخالف حقه في فتح النافذة أي الشباك بعد ١٥ سنة إذا كانت المسافة بينه وبين جاره أقل من متر. وفي هذه الحالة لا يجوز لجاره أن يطالب سد النافذة بل يحترم الحالة القائمة والتي ظلت هكذا ١٥ سنة. وذلك لأن حق الارتفاق هذا هو من الحقوق العينية. ومن المقرر أن هذه الحقوق العينية تملك بالتقادم^(٣)

١٣٩ — ولكن إذا كان الجار قد أصبح ممنوعاً بحكم التقادم من أن يطلب سد النافذة المفتوحة عليه على بعد أقل من متر واحد مدة ١٥ سنة، وإذا فرض بأن النافذة فتحت مباشرة على ملك الجار من غير ترك مسافة ما، فهل يجوز للجار المضار أن يقيم حائطاً في ملكه بحيث يترتب على إقامتها سد النافذة على صاحبها؟ أي هل يجوز للجار المضار هذا أن يتمتع بكامل حق ملكيته في داره فيبنى فيها

(١) Pésomption juris et de jure (٢) ج ٣ ص ٥٦٨ ن ٥٩٤٩ و ٥٩٥١

(٣) مجموعة جال ص ٣٣٣ ن ٨٩٧

كما يشاء ويقيم حائطاً كما يشاء وهو لا يعبأ بما ينزل بجيرانه من الاضرار في حرمانهم من الاضواء والهواء ، أم هو قد أصبح مغلول اليد في حقه فلا يملك ، بعد ان أصبح لجاره حق مكتسب عليه ، أن يعمل على ما فيه المساس بالحق المكتسب هذا ، مادام ان الحق المكتسب للغير على داره لم يخرج عن كونه تقصاً في حقه وزيادة في حق جاره . وما دام كسبه هذا الاخير قد أضره هو ؟ يكاد يكون من البديهي أن يكون الجواب بالايجاب . أي لا يملك الجار المضار أن يعمل في ملكه ما فيه تعطيل الحق المكتسب للغير عليه ويدخل في أسباب التعطيل اقامة حائط في دار الجار يكون من شأنها ابطال مفعول النافذة . ولو انها تظل مفتوحة في حائط صاحبها الا أن اقامة حائط الجار بجانبها يسد عليها واجهتها فلا تستطيع جلب النور والهواء من الجو الذي كان ملامساً لها فأصبح وقد حالت الحائط بينها وبينه . لذا نرى أنه يجب على الجار الاول ان يتقيد في ملكه بما فيه عدم المساس بحق جاره المكتسب . اذ حقه يصبح مبتوراً منتقص الاطراف بينما حق جاره يصبح قوياً بما اكتسبه زيادة عليه مع الزمن

وعلى ذلك يجب عليه أن لا يقيم الحائط بمكانها بحيث يكون من نتائج اقامتها تعطيل أثر النافذة في دار الجار . بل يقيم حائطه بحيث يترك بينه وبين الجار متراً على الأقل^(١) ويبقى هذا المتر مسطحاً ملكاً للجار الذي تركه . وكل ما اكتسبه صاحب النافذة الاولى عليه إنما هو حق الارتفاق الذي ينحصر في ترك النافذة تأخذ الضوء والنور من جو لا يزيد طول محوره عن متر واحد . (أي أن حق الارتفاق ينصب فقط على النافذة التي فتحت بخالفة للقانون . وعلى ذلك اذا اكتسب مالك حق الارتفاق على نافذة بالدور الاول فهذا لا يمنع الجار المضار ان يبني بحيث يسد على جاره منافذ الدور الثاني التي لم تكتسب حق الارتفاق كما اكتسبه الدور الاول^(٢) . هذا فيما اذا لم تترك مسافة ما من قبل وكانت النافذة

(١) تعليقات جلال مدني ص ٢٢ ن ٩ — الاستقلال ٥ ص ٢٠١

(٢) تعليقات جلال مدني ص ٢٢ ن ١٠ — م ر ١٠٤ ص ٥٤

مفتوحة على ملك الجار مباشرة . وأما اذا ترك الجار مسافة أقل من متر بأن كانت ٧٠ سنتيمتر مثلاً وظلت قائمة ١٥ سنة فهل يجوز للجار أن يترك من ملكه متراً واحداً فتصبح المسافة بين الاثنين ١٧٠ متر . أم لا يترك شيئاً ويبني حائطه في حد ملكه ؟ نلاحظ ان ما اكتسبه المالك بنافذته بالتقادم على بعد ٧٠ سنتيمتر من جاره إنما هو حق ارتفاق ، وهو ينحصر في أن لا يكره على سد نافذته بل يترك كما هو . وتصبح نافذته قائمة على هذا البعد وهو ٧٠ سنتيمتر . وأما الجار المضار فهو في حل في أن يبني في ملكه على هذه المسافة القائمة الآن دون أن يترك شيئاً من ملكه لا متراً واحداً ولا أقل^(١)

١٤٠ — اذا علم ذلك وتبين بأن المسافة صفر وجب ترك متر بعد التقادم من ملك الجار المضار . واذا كانت أقل من متر جاز له أن يبني في حدود ملكه . وهل يجوز للجار المضار في هذه الاحوال أن يفتح هو الآخر نوافذ بعد تركه للمتر في الحالة الاولى وعند انشائه للحائط في حدود ملكه في الحالة الثانية ؟ يرجع الجواب الى معرفة الحق الذي تقرر لصاحب النافذة بالتقادم ؟ كل ما اكتسبه صاحب النافذة هو كما قلنا حق ارتفاق ، أى حق النظر والضوء والهواء ، ليس أكثر . ولم يمتلك حق الملكية على المسافة المتروكة من الجار في الحالة الاولى وهو متر ، ولا حق الملكية على ملك الجار في الحالة الثانية . وعلى ذلك يجوز للجار في الحالة الاولى بعد ترك متر أن يفتح نوافذ على هذا المتر . لأن المتر ملكه ولكنه ملك محل بحق ارتفاق النافذة عليه . وأما في الحالة الثانية فلا يملك حق فتح نوافذ على صاحب النافذة لأن الارض المتروكة ملك لهذا الاخير ولم يقرر للجار حق عليها . فاذا أراد أن يفتح نوافذ عليها التزم أن يترك متراً من ملكه حتى تصبح المسافة بين الدارين ١٧٠ متر

١٤١ — نساء لنا فيما اذا كان يجوز للجار المضار بعد التقادم أن يبني حائطاً

(١) عياشي ص ٤٩ ن ٢٢٢ . وقد لاحظنا في حالة ما اذا لم يترك صاحب النافذة مسافة ما بالمرّة فإن الجار المضار لا يبني حائطه بعد التقادم الا بعد ترك متر . وهنا محل نظر

في ملكه بحيث يمنع الضوء والنور والنظر على نافذة جاره فيما اذا كانت النافذة مطلة مباشرة على الجار المضار . وقلنا انه من البديهي أنه لا يجوز له ذلك لان في اقامة الحائط في ملكه تعطيلاً لمنفعة النافذة التي اكتسبت حق المنفعة بالتقادم . قلنا ذلك لمناسبة أن فريقاً من الشارحين الفرنسيين الأسبقين وفي طليعتهم ميرلين^(١) يقول بأن الحق الذي اكتسبه صاحب النافذة ينحصر وينحصر فقط في أن تبقى النافذة في مكانها بحيث لا يحظر على الجار المضار في أن ينتفع هو الآخر بملكه كما يشاء ، أضر انتفاعه بالنافذة أم لا يضر . وعلى ذلك يجوز له اقامة حائط ولو كان من نتائج اقامتها سد النافذة^(٢) . ومن غريب الامر في شأن هذا الرأي أن وجد له نصيراً في عالم القضاء الفرنسي القديم والقضاء المصري القديم^(٣) وتأيد، على ما هو أظهر في الغرابة ، بالقضاء البلجيكي^(٤) ولكن ما عثم أن أطلع القضاء المصري عن رأيه وأخذ بما قلناه^(٥) وكذلك القضاء الفرنسي قد عدل هو الآخر عن رأيه وقال بما رأيناه وقررا بأنه يجب على الجار أن يعمل على ما فيه عدم المساس بحق ارتفاع المظل ، ذلك الحق الذي اكتسبه واضع اليد باليمن أي أنه لا يجوز له أن يبني حائطاً بملكه الا بعد ترك المسافة القانونية المقررة . والا اذا أبيحت له اقامة الحائط في حدود ملكه لعطل بذلك من أثر النافذة وأصبح لا مفعول لها فكان صاحبها لم يكتسب شيئاً ما مع أنه قد اكتسب حق المظل بالتقادم^(٦)

(١) Merlin (٢) Boucher (٣) اسكندرية حكم استثنائي ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٥ مجلة القضاء السنة الثالثة ص ٥٤ و ٥٥ — وقد وضع صاحب المجلة شرحاً وائياً بالفتن العربية والفرنسية أبان فيه الفرق بين الرأيين
(٤) س، ٩٢، ٤، ٣٧ — س، ٩٤، ٤، ٢٨ (٥) عياشي ص ٥٩ ن ٢٢٢
(٦) د، ٩٠٧، ١، ٧٨ — س، ٩٠٨، ١، ٢٢٩ — كولن وحكايتان ج ١ ص ٧٥٢ — ٧٥٣ وما على رأينا كما يظهر ، وربما تأيدت وجهة النظر هذه بما تقرر بالمادة ٦٢ من مرشد المحرران اذ تقول : « اذا كان لاحد دار يتصرف فيها تصرفاً مشروعاً فأحدث غيره بجواره بناء مجدداً فليس للمحدث أن يتضرر من شبائك الدار القديمة ولو كانت مطلة على مقر نسائه . بل هو الذي يلزمه دفع الضرر عن نفسه »

١٤٢ — هذا ويجب أن لا يفوتنا هنا بأن حق ارتفاق المثل كسكل حقوق الارتفاق خاضع هو الآخر للأحكام القانونية المقررة بشأن حقوق الارتفاق . بمعنى أنه يجب ان يكون حق الارتفاق ظاهراً ومستمراً وغير منقطع وأن لا يكون في سكوت الجار المضار مدة التقادم ما يشعر بالتسامح من جانبه ^(١) . فاذا ظهر أن الجار قد التزم السكون ولم يعمل ما فيه تنبيه صاحب النافذة الى مخالفة عمله للقانون حتى يقطع عليه مدة التقادم فلا يملك صاحب النافذة بعدها بالتقادم ، قلنا اذا لم يعمل ذلك ودل سكوته على أنه لا يشعر بضرر ما فيها اذا كانت أرضه أرض فضاء أو أرض زراعة وانه لا يضيره أن أخذ صاحب النافذة المطلة على أرضه هواء وضوء وانتفع بالنظر منها وان النافذة لا تؤثر على أرضه بأى مؤثر ما ، اعتبر ذلك من جانبه تسامحاً ^(٢) وهو واحد من آحاد الحوائل التي تقف في سبيل التملك لان السكوت فيه ليس معناه ترك المجال للغير في سبيل التملك والتخلي عن حق لا يزال يرقبه عن كسب . بل هو تسامح لا أكثر ولا أقل . وربما تأكد التسامح ونمت عليه مظاهر أخرى ترجع لصلة تربط صاحب الارض بصاحب النافذة كأواصر القرابة والنسب

١٤٣ — هذا ولا يفوتنا القول بأن تملك حقوق الارتفاق لا ينصب الا على ما هو قابل للتملك وأهل للملكية الفردية . فيجوز أن يملك الفرد بالتقادم حقاً على فرد مثله فيما يملكه هذا الفرد . وعلى ذلك لا ينفذ التقادم في المثل على مسجدة تعنى بشؤون السلطة العامة ، باعتباره من الاملاك العامة ، ولا على أى عين من أعيان الاملاك العامة المبينة بالمادة ٢٥/٩ مدني ^(٣) الآن وقد انتهينا من أحكام المطلات فلننظر الى أحكام المناور

(١) عياشي ص ٤٩ ن ٢٢٣ — مجموعة حدى بك السيد ص ٣٧ ن ١٨٦ — مجموعة جال

الثانية ص ٢١٥ ن ٥٦٨ (٢) Acte de tolerance

(٣) عياشي ص ٥٠ ن ٢٢٤ و ٢٢٥ — ويقرر القضاء أن المادة ٢٩ / ٦١ مدني لا تسرى

على الماضي أى على الحقوق المقررة قبل سن القانون الاهل سنة ١٨٨٣ : عياشي ص ٥٠ ن ٢٢٦

٢٤٨ - المناور

١٤٤ - قلنا في تقريرنا للمناور^(١) انها على عكس المطلات وانها فتحات يقيمها صاحب الملك في حائطه بحيث تكون مرتفعة لا يستطيع مع ارتفاعها النظر منها الا اذا استعان بشيء يعتليه . وتكون ضيقة وقصيرة الابعاد بحيث مع الاعتلاء لا يمكن النظر منها بسهولة . هذه المناور شرعت لأجل ادخال الضوء والهواء فقط ، لا للنظر الى الدار بحيث لا تضر الجار في شيء ما ولا يشعر معها بمضايقات تحصل له من نظر متكرر واحتمال رؤية ما يرى ستره من شؤونه وأحواله انشاء هذه المناور مباح بالقانون^(٢) نعم ولو ان القانون لم يشرع لها كما شرع للمطلات الا انه يستفاد من طريق عكسي ومشروعية المناور^(٣) ولا يشترط مراعاة مسافات معينة بل تحصل بالحائط بحيث تكون مرتفعة . ويجب ان يكون الارتفاع منها مقصوراً على جلب الهواء وادخال الضوء . وعلى ذلك هي حق مباح في القانون مادام ان الضرر منتف منها عن الجار الذي تطل عليه . وسبب شرعيتها حينئذ هو انتفاء الضرر . فان وقع الضرر ، بأن استعان اصحاب الدار باعتلاء اشياء للرؤية من المناور ورؤية الجار او استعانوا بها في القاء بقايا الاشياء المنزلية وغيرها ، ان حصل ذلك انتفت شرعيتها وزالت اباحتها وانقلبت من حق مباح الى امر محظور واصبحت في غير عداد الحقوق ، بل في عداد المحظورات وهي ليست حقوقاً . فاذا حل الضرر جاز للاجار الذي تطل عليه هذه المناور ان يطلب سدها الى القضاء من مال من احدها^(٤)

١٤٥ - وما دام ان المناور حق مباح من الشارع لانتفاء الضرر منها عن الجار الذي تطل عليه فهي حق مؤقت طالما ان الجار لا يشعر بالضرر منها . فاذا اراد الجار أن ينتفع بملكه ويبنى حائطاً من شأنها سد مناور جاره فليس لهذا

(١) Vues de souffrance (٢) مجموعة عياني ص ٤٩ ن ٢١٩

(٣) مجموعة جمال الثانية ص ٣٣٦ ن ٩٠٦

(٤) الحقوق ١٨ ص ٣٧ - تعليقات جلد ص ٢١ ن ٥٧ - الاستقلال ٣ ص ٣٢٨

الاخير معارضته في ذلك^(١) . لان صاحب المناور لم يكتسب حقاً بالزمن ولا بغير الزمن اكتساباً نهائياً^(٢) كما انه لم يتقرر له هذا الحق من جانب الشارع تقريراً نهائياً بحيث لا يمكن مساسه فيه ، بل هو حق موقوف عند حد انتفاء الضرر بالجار . فاذا أضرته المناور من حيث الانتفاع بها من جانب صاحبها انتفاعاً ضاراً به ، أو أضرته عند شروعه في البناء ، جاز له أن يعضى في سبيل رفع الضرر اما بطلب السد واما باقامة الحائط ، ومن شأن اقامتها سد النفاذ على صاحبها

وليس غرض الشارع من اباحة المناور تقرير حق قاطع مبنى على صلة دائمة بعقارين مع بعضهما البعض ، بل الغرض تقرير منفعة حيث لا ضرر منها على من تحمل بالمنفعة وذلك في مصلحة الجوار . أى أن ذلك تسامح مقرر من جانب الشارع بالنيابة عن المالك . والتسامح حائل دون التملك بالتقادم كما رأينا وسنرى

فاذا ظلت المناور أكثر من ١٥ سنة قائمة فلا يملك صاحبها حق ابقائها الى ما لانهاية له . بل يجوز بعد مضي هذه المدة لمن أطلت عليه المناور أن يقيم حائطه بداره فيسد على جاره ما أقامه من المناور أكثر من ١٥ سنة . وله من باب أولى أن يقيم هذه الحائط فيسد بها المناور قبل مضي ١٥ سنة^(٣)

١٤٦ — وما القول في فتح الابواب على الجار ؟ فهل تأخذ حكم المطلات وتسرى عليها المادة ٣٩/٦١ مدنى أم تأخذ حكم حق المرور المنصوص عنه بالمادة ٤٣/٦٥ مدنى ؟ ان الغرض الاصلى من انشاء الابواب على أرض الجار انما هو المرور منها حتى تصل الدار بالشارع العام وليس الغرض الاصلى منها ادخال النور والهواء ولو انها يدخلان فعلاً ولكن باستعمال الباب للدخول والخروج . والباب وحده لا يكفي للانتفاع منه في تحقيق الغرض الاصلى المنشأ من أجله بل لا بد له من طريق يسير فيه من يخرج ويدخل باستعمال الباب . وعلى ذلك يجب اعتبار

(١) ج ع ٣ ص ٥٦٨ ن ٥٩٥٣ — المحاكم ١١ ص ٢٤٢ تعليقات جلال . مدنى ص ٢١

ن ٦٤ — م ر م ٤٠١ ص ٢١٨

(٢) عياني ص ٤٩ ن ٢٢١ — م ر م ٦٠١ ص ٢١٩

(٣) مجموعة جلال الثانية ص ٢١٥ ن ٥٦٧

الباب في ذاته من النواخذ . فاذا فتح باب على بعد متر أو أكثر فهو مشروع على شرط أن يكون هناك حق مقرر لصاحبه بالمرور بأرض الجار . واذا فتح على مسافة أقل من متر فهو غير مشروع لسببين لانه نافذة منطبقة على شروط المادة ٣٩ ، ولانه من المحتمل أن يكون ذريعة الى المرور بأرض الجار بلا حق . فلا بد حينئذ في الحالتين من سده ^(١) واذا ادعى صاحب الباب بأنه فتحه لاجل الوصول الى الطريق العام وان في سد الباب حرماناً له من المرور ، وجب عليه اقامة الدليل على وجود هذا الحق حق المرور لديه من طريق التراضي مع جاره أو من طريق القضاء . فاذا كان لا هذا ولا ذاك وجب سد الباب ، وصاحبه هو وشأنه في مقاضاة جاره بطلب ممر في أرض هذا الاخير . فاذا تبين له أنه في حل من المرور بأرض جاره فلا يستطيع مطالبته بتعويض ما ^(٢)

ج - في الالتزامات المتعلقة بالمسافات

بين المزروعات وبعض المباني

١٤٧ - قلنا ان حق الملكية مطلق بمعنى أنه يجوز للمالك الارتفاع بملكه بما لا يخالف القانون واللوائح . واذا أخذنا بالاطلاق لترتب على ذلك انه يجوز للمالك أن يزرع أرضه بأشجار ربما تمتد جذورها وغصونها الى الجار فتعطل عليه انتفاعه هو الآخر بأرضه . وكذلك المالك لأرض بناء اذا أقام بها أبنية مضرّة بالصحة أو خطرة أو مقلقة فانه يترتب عليها اضرار مادية وأدبية تلحق الجيران لذا يرى الشارع أن يتدخل في الامر حتى يحد الملكية فلا يجعلها تنطلق في سبيل الارتفاع بلا قيد وشرط

(١) أنظر مع ذلك مجموعة جلال الاولى ص ٣٣٧ ن ٩٠٩ اذ اعتبر حكم جزئى الابواب من ضمن المناور المسددة لدخول الهواء والنور فأباح فتحها وأباح للجار رفع حائط يسدها . وقرر الحكم بأن صاحب الابواب لا يكتسب فتحها بمرور الزمن لان حق المرور منها حق غير مستمر لا يمكن تملكه بالتقادم

(٢) ج ع ٢ ص ٣٨٠ ن ٤٠٧٤ - مجموعة جلال الاولى ص ٢٣٨ ن ٩١٢

من حيث المزارع : لا يوجد بمصر قانون يحدد من حق الملكية في حالة الزراعة وقرر القانون الفرنسي بالمواد ٦٧١ — ٦٧٤ أحكاماً تتعلق بهذه القيود مع مراعاة العوائد المحلية والواجب فيها . اذ فرق بين الاشجار الطويلة ^(١) والاشجار القصيرة ^(٢) وقرر بأنه لا يجوز زراعة النوع الاول على بعد أقل من مترين من الجار ولا الثاني على بعد أقل من نصف متر . ولا يوجد مثل هذه النصوص بمصر فما القول حينئذ اذا تسربت الجذور الى أذى الجار فأفسدت عليه زراعته أو ضايقته على الأقل ؟ وما القول أيضاً فيما اذا خرجت فروع الاشجار بعيداً عن أرضها وظللت أرض الجار خالت بين الشمس وزراعته أو ضايقته على الأقل ؟

نرى ان في ذلك اعتداء من صاحب الاشجار على ملكية جاره . اذ لا يجوز له وهو ينتفع بحق ملكيته ان يعتدى على آخر فيضره أو يضايقه . ولذا نرى أن للجار المضار الحق في المطالبة بتعويض نظير الضرر الذي حل به ، وحق طلب خلع الاشجار من منابتها وقطع الفروع الخارجة ، مع مراعاة العوائد الزراعية والعرف الزراعى . هذا وقد سبق لنا ان رأينا انه يجوز للجار ان يقطع بنفسه الجذور التي امتدت الى أرضه من غير ان يلجأ الى القضاء لانه يقع ان يحصل القطع وهو يفلح الارض ويعمل فيها بالحرث

هذا ما نقول به . وقد أيدنا القضاء المصرى في هذا المبدأ اذ قرر القضاء المختلط ضرورة الرجوع الى قواعد العدل والانصاف فيما لم يأت به نص القانون فيما يتعلق بعلاقات الجوار في المزروعات : بمعنى انه يجب تقييد حق المالك بعدم الاضرار بجاره والاعتداء عليه ^(٣)

١٤٨ — وما القول بشأن الأثمار التي تتساقط بطبيعتها من الافرع الممتدة على أرض الجار فهل يملكها عند سقوطها بأرضه أم لا تزال تعتبر ملكاً لصاحب

(١) Arbres de haute tige

(٢) Arbres de basse tige أو Huies vives

(٣) استئناف م ٤ يناير سنة ١٩٢٣ م ق . ٣٥ ، ١٣٥ — المحاماة ٣ ص ٤٣٨ عدد ٣٧٢

الاشجار ؟ الصحيح أن تكون ملكاً لصاحب الاشجار . ولكن الشارع الفرنسي قضى بعكسه (المادة ٦٧٣ مدني) حتى يكون ذلك ذريعة للجاراتي وقعت بارضه الاتجار الى أن لا يطلب قطع الافرع

وهل يزول هذا الاعتداء بالتقادم ويصبح حقاً مقررراً لصاحب الاشجار ؟ تزول المخالفة بالتقادم وينقلب الاعتداء حقاً مؤيداً بالقانون . بمعنى أن الرعاة على مسافة أقل من المسافة القانونية ، كما يقول القانون الفرنسي ، من المسافة التي اعتاد عليها المزارعون بالعرف الزراعي الجاري بينهم ، تصبح حقاً لمن زرع في أن يزرع على هذه المسافة غير القانونية . وهذا هو الحق الذي يجوز تملكه بالتقادم . فلا يجوز للجار المضار الزام خصمه بمراعاة المسافة القانونية أو العرفية بعد مضي مدة التقادم

وأما حق الجار في قطع الجذور والفروع المتدلية على أرضه فهو حق لا يستقط بعضى الزمن^(١) . وهذا التفريق بين النوعين هو ما قرره المادة ٦٧٢ مدني فرنسي بالنسبة للحالة الاولى . والمادة ٦٧٣ بالنسبة للحالة الثانية . ولا نرى بأساً من الاخذ بهما في القانون المصري باعتبار أن الضرر الناشئ للزراعة من تدلى أغصان الاشجار ومن تسرب الجذور ضرر بليغ يؤثر على الزراعة . وعلى الاخص اذا رجعنا الى القاعدة الشرعية القائلة بأنه « يزال الضرر الفاحش سواء كان قديماً أو حديثاً » (المادة ٦٠ من مرشد الحيران) وقد أخذ القضاء المصري بهذه التفرقة التي قالت بها المادتان ٦٧٢ و ٦٧٣ مدني فرنسي ورجع في تعليل الأخذ بها الى ما قرره « ابري ورو »^(٢) أي الى العدالة والى أن نمو الافرع من فعل الطبيعة ، فيخرج من حكم الحيازة أحد شروط التقادم والى أن سكوت الجار تسامح منه ، وأنه لا يمكن معرفة الوقت الذي نمت فيه الفروع بالدقة لتحديد مدة التقادم^(٣)

١٤٩ - ومن حيث المسافات في الرقبة الضارة : فإن المادة ٤١/٦٣

(١) Droit imprescriptible (٢) ج ٢ ف ١٩٧ من ٢١٢

(٣) جزئي ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م و ١ ، ٢٣ من ١٢ عدد ٨

مدنى قررت ما يأتى « محلات المعامل ^(١) والآبار ^(٢) وآلات البخار ^(٣) والمحلات المضرة بالجيران ^(٤) يجب أن تبني بالبعد عن المساكن بالمسافات المقررة بالوائح على مقتضى الشروط المبينة بها » أى أنه فيما يتعلق بهذه الابنية يجب الرجوع الى الاوامر الادارية المقررة بلوائح أو قرارات وزارية . من ذلك : المحلات المقلقة بالراحة والمضرة بالصحة والخطرة اذ هي خاضعة لقانون رقم ١٣ سنة ٩٠٤ وقرار تنفيذه فى ٢٩ أغسطس سنة ٩٠٤ والآلات الرافعة ^(٥) (أمر حال فى ٨ مارس سنة ١٨٨٨) مهما كانت طريقة ادارتها بالهواء أو قوة الماء أو الكهرباء ^(٦) والآلات البخارية (أمر حال فى ٥ نوفمبر سنة ٩٠٠ وقرار تنفيذه فى ٦ نوفمبر سنة ٩٠٠) والهرك والمستنقعات (أمر حال فى ٢٦ ابريل سنة ١٩٠٠) وانشاء العزب والثرائب (قرار مجلس الوزارة فى ٢٢ يوليو سنة ١٨٨٩ والقانون النظامى رقم سنة ١٩١٣ بالمادة ٤١ اذ جعل أمر ذلك لمجلس المديرية)

أما القانون الفرنسى فان المادة ٦٧٤ قد تكفلت هى الاخرى بتقرير قاعدة عامة وهو أنه يرجع فى هذه المسافات الى اللوائح العامة والعرف الجارى فى البلاد واذا أعوز القاضى اللوائح والعرف وجب عيه تقدير الظروف ومراعاة العدالة والقانون الطبيعى

وتجب مراعاة ضرورة التفرقة بين المحطور لمصلحة خاصة والمحطور أو المنهى عنه للمصلحة العامة . فما كان خاصاً بالنوع الاول يصبح جائزاً بتراضى الطرفين ويصبح مملوكاً بالتقادم . وهذا تأكيد لما قلناه فى أنه لا يكتسب حق بمضى المدة على ما هو موقوف للمنفعة العامة ^(٧)

Machines à vapeur (٣) Puits (٢) Usines (١)

Machines éleveatoires (٥) Établissements nuisibles (٤)

(٦) م ت ق ، ٢ ، ١٨١ ، ٢٠١ ، ٢٠٣ — م ، ١ ، ٢٦ ، ٢٧

(٧) س ، ٩١٣ ، ٢ ، ١١٨ — كولين وكابتن ج ، ١ ص ٧٥٥

هـ — في الالتزام الخاص بحق مرور الجيران

عند عدم وجود منفذ للطريق العام

١٥٠ — أورد الشارع المصري نصاً واحداً لحق المرور اذقرر بالمادة ٤٣/٦٥ مدني ما يأتي : « لصاحب الارض^(١) التي ليس لها اتصال^(٢) بالطريق العمومي الحق في الاستحصال على مسلك^(٣) من أرض الغير للوصول الى الطريق المذكور ويكون الحكم بمعرفة المحاكم فيما يتعلق بتعيين ذلك المسلك وبتقدير ما يعطى مقدماً من تعويض في مقابلة المسلك المذكور » وهذه المادة هي الوحيدة بالقانون المصري في حق المرور . أما القانون الفرنسي فقد أورد المواد ٦٨٢ — ٦٨٥ بعد أن تعدلت سنة ١٨٨١ . ولأهميتها بجانب المادة المصرية وبالنسبة للاعتبارات العملية نرى ادراجها هنا

المادة ٦٨٢ : « اذا لم يكن لعقارات المالك منفذ للطريق العام أو كان الممر غير وافي لاجل استغلال العقارات ذراعياً أو صناعياً فانه يجوز له أن يطلب ممرأ على أراضى جيرانه على شرط دفع تعويض يتناسب مع الضرر الذي ينشأ عن الممر المذكور »

المادة ٦٨٣ : « يجب أن يحصل الممر من الجهة التي يكون طوله فيها أقصر ما يمكن ابتداء من العقار المسدود — على أنه يلاحظ مع ذلك أن يحصل الممر بالجهة التي يجب أن يراعى فيها أقل ما يمكن من الاضرار بالارض التي يحصل فيها الممر »

المادة ٦٨٤ : « واذا كان عدم وجود المنفذ راجعاً الى تقسيم العقار بسبب بيع أو بدل أو قسمة أو أى عقد آخر فانه لا يجوز طلب الممر الا على الاراضى التي كانت محلاً لاحد المقود السابقة — على أنه اذا تبين مع ذلك أنه لا يمكن

ايجاد مركاف ، وجب الاخذ حينئذ بالمادة ٦٨٢ «

المادة ٦٨٥ : « ان متسع المرور طولا وعرضاً ^(١) وطريقة الانتفاع ^(٢) بحق الارتفاق هذا الخاص بالمرور ، يتعينان تعييناً ظاهراً بمرور ثلاثين سنة والانتفاع قائم بطريقة مستمرة — وتسقط بمضى المدة دعوى التعمييض الواردة بالمادة ٦٨٢ أما حق المرور فانه يظل باقياً برغم عدم صحة قبول دعوى التعمييض »
هذه المواد المصرية والفرنسية في حق المرور ، وهو ذلك الحق الذي كان له ولم يزل من الشأن في عالم العمل والقضاء ما تضاربت بشأنه الأحكام وتعارضت فيه الآراء ، كما سيتبين بعد

والاصل أن للمالك الحق في أن يأبى على الغير حق المرور بأرضه التي يملكها سواء كان المرور فوق الارض أو تحت الارض . ولعلنا نذكر بعد ما سبق أن قررناه بشأن القيود التي يجب أن تراعى في هذا الشأن في أن حق الملكية في هذه الحالة ليس من الاطلاق الذي لا حد له بحيث يحول دون انتفاع الغير بالمنطقة الجوية المرتفعة كثيراً عن سطح الارض ، والمنطقة الأرضية المنخفضة كثيراً تحت الارض . وربما تجرى العادة أحياناً انه يجوز لمن انساب منه شيء في تيار جار من الماء أن يدخل أرض الغير ليأخذ شيئاً ^(٣) . وحق المرور هذا هو مظهر من مظاهر قيود حق الملكية فيما اذا استحال أو تعذر مرور صاحب الأرض المسدودة الى الطريق العام

وتعتبر الارض مسدودة ^(٤) اذا لم يكن لها منفذ ما يصاحبها بالطريق العام . ومن شأن عدم وجود المنفذ أن يعطل على المالك استغلاله لأرضه وعقاره . والمقار بلا منفذ يصبح معدوم القيمة ما دام أن المالك لا يستطيع الدخول اليه واخراج منه . لذا أوجب الشارع على الجيران المالكين الزامهم بترك جارهم البعيد

(٣) كولين وكابنان ج ١ ص ٦٥٥

(١) Assiette (٢) Mode

(٤) Fonds enclavé أو Enclave

عن الطريق العام في أن يشق له بأرضهم طريقاً يكون ممراً من عقاره واليه . وقرر لهم في مقابل ذلك تعويضاً^(١) يتقاضونه منه ولقد أثار حق المرور مسئلتين طال حولهما الجدل . وهما تقرير حق المرور وكيفية تنظيمه

§ ١ - المسئلة الاولى : متى يتقرر حق المرور

١٥١ - اذا قارنا بين المادة ٤٣ المصرية والمادة ٦٨٢ الفرنسية لوجدنا أن الشارع المصري أطلق تقرير حق المرور عند عدم وجود المنفذ . ولم يبين لنا ما اذا كان المقصود من عدم وجود المنفذ الاستحالة المطلقة في الاتصال بالشارع أو مجرد وجود صعوبة في الاتصال بأن كان طريق المرور لا يأتى بالنتائج المرجوة لاستغلال العقار استغلالاً طبيعياً كاملاً . وكان هذا النص المصري يحكى النص الفرنسي قبل تعديل الاخير سنة ١٨٨١ . ولذا قام الخلاف بفرنسا عما اذا كان طريق المرور مباحاً فقط في حالة عدم وجود منفذ بالمرّة أو انه مباح أيضاً في حالة عدم كفاية طريق المرور : الا أن القضاء الفرنسي كان يأخذ بمجواز طريق المرور من الوجهة العامة سواء كان المنفذ غير موجود بالمرّة ، أو كان موجوداً ولكنه غير كاف لاستغلال العقار^(٢) وجاء الشارع الفرنسي وعدل المادة ٦٨٢ سنة ١٨٨١ بما يتفق مع رأى القضاء رفماً للخلاف . وهنا نرى ضرورة تفسير المادة المصرية تفسيراً يتفق مع الرغبة الاصلية للشارع في أن الاصل في وضع المادة ٤٣ هو ترويح الاستغلال والعمل بأكبر ما يمكن أن تنتجه الارض بلا كبير ضرر على الجيران . أي أن المادة المصرية تنصرف أيضاً الى جواز طلب المرور اذا كان المرور الموجود الآن لا يكفي في استغلال العقار استغلالاً كاملاً وهو ما ذهب اليه القضاء المصري^(٣) وأما اذا كان طريق المرور الموجود من قبل غير مناسب^(٤)

(١) Indemnité (٢) ذ ، ٧٩ ، ١ ، ٤٥٩ - س ، ٧٩ ، ١ ، ٢٥٤

(٣) ج ع ٢ ص ٣٨٠ ن ٤٠٧٥ - وانظر أيضاً ج ع ٢ ص ٣٨٠ ن ٤٠٧٣ و ٤٠٧٩

(٤) Incommode

فلا يجوز تقرير حق الارتفاق على أرض الجار . وكذلك الحال فيما اذا استطاع المالك أن ينشئ ممراً للطريق العام بأرضه حتى ولو كانت مصاريق انشاء هذا الطريق غير متناسبة بالمرّة مع قيمة استغلال الأرض^(١) ويعتبر العقار مسدود المنفذ أيضاً فيما اذا كان له منفذ من قبل على الطريق ثم أصبح هذا الطريق غير مطروق^(٢) وحق ارتفاق المرور جائز على العقار حتى ولو كانت هذه الأرض مسورة^(٣) اذ يجب على صاحبها أن يفتح منفذاً في السور كباب لصاحب الارتفاق حتى يمر منه الى الطريق العام وأن يسده بمفتاح الباب ويقرر حق المرور على الأرض المجاورة سواء كانت من الاملاك العامة أو أملاك الحكومة الحرة . اذ تستوى الاراضى المحملة بحق الارتفاق هذا عامة كانت أو حرة أو خاصة

§ ٢ - المسئلة الثانية : تنظيم الممر

١٥٢ - تتناول هذه المسئلة بحثين : البحث الاول : فيما اذا كان العائق طبيعياً ، والبحث الثانى : فيما اذا كان العائق غير طبيعى

البحث الاول : فيما اذا كان العائق طبيعياً

١٥٣ - والقول هنا يتناول أمرين : الامر الاول كيفية تنظيم الممر ، الامر الثانى التمويض المطلوب عليه

الامر الاول : كيفية تنظيم الممر

١٥٤ - يراد أولاً بالعائق الطبيعى^(١) ما اذا كانت الأرض طالبة حق الارتفاق بعيدة بطبيعتها وطبيعة وجودها عن الطريق العام . فى هذه الحالة يجب

(١) ج ع ٢ ص ٣٨١ ن ٤٠٧٤ ون ٤٠٧٧ — قانون مجموعة جبال الاولى ص ٣٣٨

ن ٩١١ (٢) Impraticable (٣) Clos

(٤) Enclave naturelle

أن يمر الطريق بالجهة التي تدعو الى أقل التكاليف الممكنة . أى بأقرب الطرق الى الطريق العام (المادة ٤٣/٦٥ مدني) ولا يعتبر ان هناك حائلا طبيعياً اذا تسبب المالك نفسه في احداث هذا الحائل بفعله هو لا بفعل الطبيعة ^(١) مع ملاحظة تخير الطريقة التي لا يترتب على الأخذ بها ضرر كبير بالمقدار المحمل بحق الارتفاق (المادة ٦٨٣ فقرة ٢ فرنسي) . ويجوز للقضاء ان يتخير لحق المرور عقاراً ، غير العقار الذي يكون فيه طريق المرور أقصر ما يمكن ، اذا تبين بأن تكاليف المرور به أقل وان الاضرار الناشئة عن شق طريق المرور أخف بالنسبة لصاحب هذا العقار الذي سيتحمل حق الارتفاق هذا ^(٢) كما اذا كان يجاور العقار صاحب حق الارتفاق عقاراً مشغولاً بمستشفى أو مدرسة أى عقاراً من الاملاك العامة ، ويجاور أيضاً عقاراً مملوكاً لفرد من الافراد . اذ يحسن في هذه الحالة شق طريق المرور بالارض المملوكة للفرد وترك الارض مشغولة بالبناء المخصص للخدمة العامة اذ المرور به ليس من السهولة بحيث يستطيع فيه المرور في الارض المملوكة ملكاً خاصاً ^(٣)

الامر الثاني : في مقدار التعويض

١٥٥ — يقدر التعويض بمعرفة القضاء (المادة ٤٣/٦٥ مدني) وبنسبة الاضرار التي نزلت بصاحب العقار المثقل بحق الارتفاق (المادة ٦٨٢ فرنسي في آخرها) ويقول الشارع الفرنسي بالمادة ٥٤٥ مدني أن يكون التعويض عادلاً ^(٤) ومقديماً ^(٥) والمراد بكلمة مقدماً أن يحصل تقدير التعويض قبل انشاء حق الارتفاق ويجوز ان يكون التعويض مبلغاً من المال يدفع مرة واحدة أو يدفع بثلاثة مرتب طول الحياة ^(٦)

(١) ج ع ٢ ص ٣٨١ ن ٤٠٧٦ — المادة ٦٨٣ فقرة أولى مدني فرنسي

(٢) د ، ٩٠٧ ، ١ ، ٦٣ — س ، ٩٠٨ ، ١ ، ١٦٠

(٣) كولين وكابيتان ج ١ ص ٧٥٧ (٤) Juste (٥) Préable

(٦) كولين وكابيتان ص ٧٥٧

ويشترط القانون المصرى بالمادة ٦٥/٤٣ أن يكون تقدير التعويض مقدماً، ولم تشترط ذلك المادة ٩ من الدستور المصرى الصادر فى ١٩ ابريل سنة ١٩٢٣ اذ تقول «...». وبشروط تعويضه عنه تعويضا عادلا»^(١) انما أجاز قانون نزع الملكية بمصر، المختلط فى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٠٦ رقم ٢٧، والاھلى فى ٢٤ ابريل سنة ١٩٠٧ رقم ٥، بالمادة ٢٢ بأنه فى حالة الاستيلاء مؤقتاً يجب تقدير التعويض بمعرفة المدير أو المحافظ. فاذا عارض صاحب العقار المنزوع فى التعويض أودع المبلغ بخزينة المحكمة وسار الحصان فى دعوى التقدير بالطريقة المبينة بهذا القانون. ويجرى القضاء المصرى على ضرورة تقدير التعويض مقدماً ودفعه مقدماً كذلك بحيث لا يمكن طالب حق المرور من المرور بارض جاره الا اذا دفع التعويض مقدماً وكاملاً^(٢) وهو وجيه يجب الاخذ به فى تقديم التقدير والدفع قبل الانتفاع بالمرور

وللاحكام التى قررناها هنا بشأن الشروط اللازمة لتقرير حق الارتفاق وتنظيمه استثناءات هامة تتعلق بالتقادم وردت بالمادة ٦٨٥ مدنى وفرنسى. وهى استثناءات عامة لاحكام عامة. أى أن المادة ٦٨٥ المذكورة انما تقرهى الاخرى قواعد عامة يجب الأخذ بها

ففيما يختص بتنظيم حق ارتفاق المرور يحصل ان صاحب حق الارتفاق يظل طول مدة التقادم، وهى ١٥ سنة بمصر و٣٠ سنة بفرنسا، يستعمل حق المرور فى طريق معين أكثر ضرراً وأطول طولاً من الطريق الذى كان يجب تقريره فيما اذا حصل تراض بين الطرفين أو فيما اذا التجأ الى القضاء. فى هذه الحالة يقال بأن صاحب الارتفاق يكتسب بطول الزمن الكيفية التى حصل بها طريق المرور ولو انها ضارة بالمالك المثلل بحق الارتفاق. ويسقط عن هذا المالك الاخير حق المنازعة فى أمر تنظيم هذا الحق، ذلك التنظيم الذى ظل مدة التقادم قائماً ينتفع به صاحبه كما هو ولا يحرك المالك المحمل به ساكتاً. وهذا هو ما قرره المادة

(١) Juste indemnité (٢) تعليقات جلاذ على المادة ٤٣ من ٢٣ ن ٦ —

مجموعة جلال الاولى من ٣٣٧ ن ٩٠٩ ومن ٣٣٨ ن ٩١٢

٦٨٥ بفقرتها الاولى حيث قالت : « ان متسع الممر طولاً وعرضاً ^(١) وطريق الانتفاع ^(٢) بحق الارتفاق هذا الخاص بالممر ، يتعينان تمييزاً ظاهراً بمرور ثلاثين سنة والانتفاع قائم بطريقة مستمرة . . . » فاذا ظل المرور بكيفية خاصة مدة ١٥ سنة سقط عن المالك المحمل بالارتفاق حق التظلم والمعارضة ، أى أصبح ولا يملك حق طلب تنظيم الارتفاق في طريق آخر أقل تكاليف وأقصر من الطريق الحاضر حتى ولو تبين بأن الطريق الحاضر إنما هو أنفع للمالك الاض صاحبة الارتفاق من حيث التحسين والزينة فقط ^(٣)

١٥٦- هل هذا التقادم مكسب أم مسقط ؟ وهنا يحصل التساؤل الآتي : هل التقادم هذا تقادم مكسب ^(٤) أو تقادم مسقط ^(٥) ؟ أو بعبارة أخرى هل بمرور الزمن المقرر قانوناً وهو ١٥ سنة يعتبر أن صاحب الارتفاق اكتسب حقاً بالتقادم (المادة ٧٦ / ١٠٢ مدني و ٢٢٦٢ فرنسي) أم أن صاحب الارض المحملة بالارتفاق هو الذي قد خسر حقه بفعل الزمن (المادة ٢٠٨ / ٢٧٢ مدني و ٢٢٦٢ فرنسي) ؟ يظهر أن الرأي الاصح الذي يتفق مع العقل أن يقال بأن الذي تم إنما هو التقادم المسقط . لان المادة ٦٨٤ بفقرتها الاولى إنما أرادت أن تقرر بأن حق المالك المحمل بالارتفاق في تعيين موضع المرور وتنظيمه قد زال عنه وسقط حوله بمرور الزمن فلا يملك بعد التقادم حولا وقوة قانونية في طلب تعيين طريق المرور وتنظيمه ^(٦) ويترتب على الاخذ بهذا الرأي القائل بالتقادم المسقط أنه اذا زال العائق الذي كان حائلاً بين الارض صاحبة الارتفاق والطريق العام ، زال معه حق المرور من أرض الجار المحمل بالارتفاق برغم حصول التقادم ما دام ان أثر التقادم هنا إنما كان منصباً ومنصباً فقط على كيفية الممر وعلى كيفية تنظيمه ^(٧)

Assiette (١) Mode (٢) Commodité (٣)

Prescription extinctive (٥) Prescription acquisitive (٤)

(٦) ويقول بهذا الرأي كولين وكابتيان ج ١ ص ٧٥٧ وأقرهما على ذلك قضاء الاستئناف

الفرنسي زمناً طويلاً Assiette (٧)

١٥٧ - هل يجوز استرداد التعويض عند زوال العائق الحائل دونه الوصول للطريق العام ؟ هذا من حيث تنظيم حق الارتفاق بالمرور وكيفية تعيين طريقه . وأما من حيث التعويض فقد كان الخلاف قائماً فيما إذا كان من الجائز لصاحب الأرض المقرر لها الارتفاق الحق في استرداد التعويض إذا زال العائق الذي كان يحول بينه وبين الطريق العام باعتبار أن التعويض علة للورور وحيث لا يمر فلا تعويض أى أن العلة تدور مع المبالول وجوداً وعدماً ، أم لا يجوز الاسترداد ، باعتبار أن ما دفع بالشروط القانونية لا يجوز استرداده . ولما اشدت الخلاف حسم فيه النقض الفرنسي وقرر عدم جواز استرداد التعويض وهو يستند في مذهبه الى أن المادة ٦٨٤ بفقرتها الاولى لا تقرر تقادماً مسقطاً إنما هي تقرر تقادماً مكسباً (ويقرر القضاء المصرى المختلط بأن التقادم مكسب فيما يتعلق باكتساب حق الارتفاق . وأما زوال حق المطالبة بالتعويض عن المالك المحملة أرضه بالارتفاق فهو تقادم مسقط والخلاف في الأول لافي الثاني^(١))

ومعنى ذلك أنه اذا ظل صاحب حق الارتفاق مدة التقادم القانونى وهو يستعمل طريق المرور بطريقة ونظام معينين بحيث لم يعترض معترض ذو حق في الاعتراض ، أصبح صاحب المرور بعد التقادم وقد اكتسب حق المرور بما يحكى اكتسابه له بعقد بالتراضى مع جاره المحمل بالارتفاق فيما لو حصل ذلك بالاتفاق وعلى ذلك اذا زال العائق فان زواله لا يؤثر تأثيراً ماغلي ما اكتسبه صاحب الارتفاق بل يظل منتفعاً بالطريق الذى اكتسبه اكتساباً نهائياً بمرور الزمن ، مع أن السبب في هذا الحق كما رأينا إنما هو العائق عند ما كانت الأرض بعيدة عن الطريق العام^(٢)

هذا ما يتعلق بالاستثناء الأول للمادة ٦٨٥ مدنى فرنسى

(١) ج ٢ ص ٣٨١ ن ٤٠٧٨

(٢) د ٩٠٥ ، ١ ، ٧٤ — س ٩٠٤ ، ١ ، ٢٤٦ — كولون وبكيتان ج ١ ص ٧٥٧ و ٧٥٨ هذا ويلاحظ أن هذين المؤلفين لم يأخذا بهذا رأى وقررا عكسه فيما يتعلق بعدم جواز تملك حق المرور بالتقادم لان حق المرور يشتر من حقوق الارتفاق المتقطعة

وأما الاستثناء الثاني فهو ما يتعلق بالفقرة الثانية من المادة ٦٨٥ مدني فرنسي اذ قررت ما يأتي : « وتسقط بمضي المدة دعوى التعويض الواردة بالمادة ٦٨٢ . أما حق المرور فانه يظل باقياً برغم عدم صحة قبول دعوى التعويض »
ويظهر أن الذي يستفاد من هذه الفقرة أن الحق الذي أصابه التقادم انما هو حق صاحب الارض المحملة بالارتفاق ^(١) ، أصابه فأسقطه . ويحصل ذلك اذا ظل هذا المالك مدة التقادم لا يطالب بتعويضه من وقت ظهور حق المرور في عالم الوجود ^(٢) ولا شك أن التقادم هذا تقادم مسقط ولا محالة . ومع سقوط حق المطالبة بالتعويض فان الارتفاق قائم لا يسقط بسقوط التعويض
كل هذا فيما يتعلق بالمائق لو كان طبيعياً . ولنتكلم الآن عما اذا كان المائق غير طبيعي

المبحث الثاني : فيما اذا كان المائق غير طبيعي

١٥٨ — أردنا بالمائق الطبيعي أن تكون الارض وجدت بطبيعتها ولا منفذ لها يصلها بالطريق العام كما يننا . وأما الحائل غير الطبيعي فهو أن تكون الارض في أصلها وبطبيعتها واصله الى الطريق العمومي ولكن ملاكها تصرفوا فيها تصرفاً كان من نتائجه أن أصبح المالك لبعضها أو لأكملها محروماً من طريق الاتصال بالطريق العام . وفي ذلك تقول المادة ٦٨٤ مدني فرنسي : « واذا كان عدم وجود المنفذ راجعاً الى تقسيم العقار بسبب بيع أو بدل أو قسمة أو أي عقد آخر فانه لا يجوز طلب الممر الا على الاراضى التي كانت محلاً لاحد العقود السابقة » في هذه الحالة لا يعتبر الحائل حاصلًا بفعل الطبيعة . بل هو بفعل المتعاقدين على القسمة أو البدل أو البيع كلاً أو بعضاً . وكما أن اباحة أخذ منفذ الى الطريق العام أمر قرره القانون في حالة الحائل الطبيعي ، فان اباحة أخذ هذا المنفذ الى الطريق العام في حالة التعاقد الاخير أمر مستفاد من طبيعة هذا التعاقد

ومندمج فيه ، وكأن المتعاقدين قد تعاقدوا ضمناً أيضاً على أن يتركوا لمن حال بينه وبين الطريق العام حائل منفذاً يصل به الى هذا الطريق العام ، باعتبار هذا التماقد الضمني نتيجة حتمية لالتزام الضمان^(١) الذي يلتزم به كل عاقد قبل الآخر في أن يضمن للآخر تمام التمتع بحق الانتفاع بلا عائق وحائل لان المنفذ بالارض قبل قسمتها كان في مصلحة جزئيات هذه الارض . فلكل من أقام بحجزية منها أن يمر بالمنفذ الى الطريق العام . ويستحيل عقلاً أن يفوت المتقاسمين عند القسمة أمر الاتصال بالطريق العام ولا سبيل للاتصال الا الى هذا المنفذ . ويقول البعض في هذا الموطن أن حق الارتفاق كان موجوداً من قبل وقبل القسمة ولكنه كان مستوراً بسبب تعدد الملاك فلما انفصلوا ظهر حق الارتفاق وبأن في عالم الوضوح والرؤية . ومهما تعددت أسباب وجود حق الارتفاق فإن القاعدة واحدة ويترتب عليها النتائج الآتية :

(١) ان المر لا يكون الا في الأرض التي حصل عليها التعاقد كما نصت بذلك المادة ٦٨٤ مدني فرنسي . وذلك يرجع لما قرناه في أن العاقدين في تعاقدما وبما نشأ عنه من وضع أحدهما في حالة يستحيل معها استغلال عقاره ، انما أرادا ضمناً أن يمكن الواحد منهما الآخر من الاستغلال والاتصال بالطريق العام . أما إذا كانت الاستحالة في الاتصال بالطريق العمومي استحالة مادية^(٢) وكان المر لا يكفي الكفاية اللازمة في الاستغلال ، وجب الرجوع حينئذ الى المادة ٨٦٢ القائلة بالمنفذ الى الطريق العام اذا كان الحائل طبيعياً كما تقدم

(٢) ليس لحق المرور الناشئ عن التعاقد تعويض ما . ذلك لان الجار المحمل بالارتفاق لم يتحمل بهذا الالتزام الا لانه ملتزم به من قبل أي وقت التعاقد في أن يعمل على تمكين المتعاقد معه من الانتفاع بعقاره انتفاعاً كاملاً . وعلى ذلك فهو في تمكين المتعاقد معه من المرور انما ينفذ التزاماً اشتغلت به ذمته من قبل

Impossibilité matérielle (٢)

Oblig. de garantie (١)

(٣) اذا زال الحائل الناشئ عن التعاقد بان كان سبب الزوال ناشئاً عن انشاء طريق عام جديد، أو ناشئاً عن ربط العقار، المسدود بالتعاقد، بعقار آل الى صاحبه بالميراث أو بغيره، أو ربطه بعقار متصل بالطريق العام، فانه مما لا شك فيه أن حق المتعاقد في طلب الممر حق قائم لم يزل لانه حق موعود به من قبل العاقد الآخر . والمفهوم أنه مقوم بالعقد ودخل ضمن مقوماته^(١)

هذه هي القاعدة وهذه نتائجها في أن حق الارتفاق بالمرور حق ثابت لمن أعوزه المنفذ الى الطريق العام في عقد قسمة أو غيره، ويظل الحق باقياً حتى ولو أنشئ فيما بعد طريق اتصلت به الارض المقسومة فلا يملك الشريك المحملة ارضه بالمرور ان يطلب ازالة الطريق . كل ذلك لانه من المفروض ان العاقدين قد قوموا هذا الممر في عقدهم واقاموا له شأنًا ولو انه غير ظاهر فيه ولكنه مندمج فيه ولا محالة

هذه القاعدة ونتائجها انما تقررت طبقاً للاصول العامة للقانون . وعلى ذلك يجب الاخذ بها ولو لم يرد لها نص بالقانون المصري لانها مع انطباقها على المبادئ العامة القانونية فانها تتفق أيضاً مع العدالة والقانون الطبيعي

١٥٩ — القضاء المصري — ولكن القضاء المصري سار في غير هذا الطريق ولم يشأ أن يقرر بقاء حق المرور المندمج ضمناً بالعقد اذا كان للارض المقسومة منفذ آخر للطريق العام . قال بذلك وهو يستند الى القاعدة الأولى الاصلية في ان لا طريق للمرور حيث هناك منفذ وما دام ان المنفذ موجود فلا محل لطلب منفذ آخر^(٢) وقرر بأنه لا يطلب هذا المنفذ الا اذا كان الحق فيه محفوظاً بالعقد وهو قول لا يتفق والمبادئ القانونية لان حفظ الحق في طلب منفذ بمقتضى عقد القسمة أمر مندمج في روح العقد كما قلنا ولان كلا من المتقاسمين التزم به بالعقد

(١) كولين وكاتلان ج ١ ص ٧٥٨ — ٧٥٩

(٢) مجموعة جمال الأولى ص ٣٣٨ ن ٩١١ — تعليقات جلد ص ٢٣ ن ٥ — م ١٠

ضمنا أو صراحة . بأنه يمكن الآخر من الانتفاع والاستغلال . وان هذا الالتزام الضمني أو الصريح التزام مقوم بالعقد قد روعيت ظروفه واعتباراته عند ما وقعت القسمة . وربما يصح رأى القضاء المصرى هذا اذا كانت ظروف عقد القسمة ثم عن التنازل عن حق المطالبة بالمرور في الطريق الموجود من قبل بالقطعة كلها قبل قسمتها سواء كان التنازل ضمنا أو صريحا وهذا متعذر الوقوع ، وفي هذه الحالة ينعتقد عقد القسمة دون أن يقوم حق الارتفاق هذا ، وانه مما ينم عليه هو سبق وجود منفذ آخر عند القسمة غير المنفذ الموجود من قبل بالارض قبل قسمتها . ان صح هذا الظن فهو يؤيد القواعد والنتائج السابقة التي قررها القانون الفرنسى ولا يخالفها في شيء منها

هذا وسواء كان الحائل طبيعياً أو غير طبيعى فحق المرور ارتفاق أى مشروع لخدمة الارض بالذات لا لصاحبها فهو وقف عليها لا عليه . وعلى ذلك لا يعتبر حقاً عينياً قابلاً للتصرف فيه تصرفاً منفرداً . ولا يجوز الانتفاع منه لمصلحة أرض أخرى بل يجب على صاحبه السعى في الحصول على منفذ آخر . وهو حق خاص بالمالك بالذات أو لسكل من له حق عينى على الارض كالمستمتع . أما المستأجر فلا لأن حقه شخصى على العقار ^(١) بل يجب الالتجاء لمالك العقار

و — في القيد الخاص بأحاطة الملك بسور

١٦٠ — المالك حر في أن يعمل للملكه سوراً أم لا يعمل وهو لا يكره على ذلك لان حرية تسوير ملكه أو عدم تسويره راجع الى حرية حق المالك . والامر في ذلك صريح لا يحتاج لنص . الا ان القانون الفرنسى قرر بالمادة ٦٤٧ مدنى ما يأتى : « لكل مالك الحق في أن يعمل سوراً للملكه » وما كانت هناك حاجة ماسة الى وضع هذا النص الا اذا كان قد أريد به غرض تاريخى يرجع لعهده الاشراف وازمن الاقطاعات ^(٢) اذ كان هذا الحق مقيداً بقيدين مقومتين : حق

الصيد والقتنص^(١) وحق تعقب أثر الغير^(٢) لجأت هذه المادة وقضت بنصها على ما كان معروفاً من قبل . وما كانت الحاجة ماسة اليه بمصر حتى ينص عليه .
على أن حق التسوير كان مقيداً هو الآخر لعهد قريب بحق مرور الاهالى من مديرية الى مديرية بأراضى بعضهم البعض^(٣) وحق رعى الاغنام بالاراضى عند خلوها من الزرع^(٤) . ولم يخرج هذا القيد عن كونه مظهراً من مظاهر الشيوع فى الملكية^(٥) فى الاسرات الجرمانية القديمة . وكان الفقهاء يستعينون به فى تربية الأغنام بأراضى الغير . ويقضى القانون الفرنسى بالمادة ٦٤٨ مدنى أن من يسور أرضه يفقد من حق المرور والرعى بقدر ما سور . على أن الشارع الفرنسى قرر بقانون له فى سنة ١٨٨٩ ابطال حق المرور وأبقى حق الرعى لمن شاء اذا قدم طلباً بذلك

ولم يرد لهذه النصوص شبيهه بالقانون المصرى . ولذا يجب الرجوع هنا الى القواعد القانونية العامة والى ما قرره العرف وتسامح فيه الاهالى من تبادل المنافع والمصالح بينهم . اذ يباحون لبعضهم البعض الحق بالمرور فى أراضهم اذا خلت عن الزرع ، وللغنامين بأن ترعى أغنامهم الاراضى اذا خلت عن الزراعة فتصيب منها سبخاً مصلحاً للأرض بعد تنقيتها من بقايا الزرع

أما حق التسوير فهو حق مطلق لصاحبه ، ان شاء أقام للملكه سوراً وان شاء تركه بلا سور . انما اذا تعلقت لاغير مصلحة مقررّة بحق على هذا الملك غير المسور كحق المرور مثلاً فلا يملك صاحب الملك حق المساس بحق الارتفاق هذا ولا العمل على التعطيل منه . وعلى ذلك لا يجوز له أن يقيم للملكه سوراً الا بالقدر الذى لا يلحق صاحب حق الارتفاق أذى منه مطلقاً . أى أن الاطلاق فى حق الملكية مقيد بمصالح الغير

Droit de poursuite (٢)

Droit de vaine pature (٤)

Droit de chasse (١)

٣) Droit de parcours فرنسا

٥) Copropriété

اتسببنا الآن من بيان القيود السلبية الخاصة بحق الملكية ، أى ما يجب على الملك أن يتمتع عنه . ولننظر فى القيود الايجابية الخاصة بهذا الحق أى ما يجب على الملك عمله

٢ - النوع الثانى . القيود الايجابية

فى الالتزامات المقررة على المالكين

١٦١ - هذه الالتزامات هى ما يلتزم بالقيام بها الملك . وهى الالتزام الخاص بوضع حدود للملك والالتزام الخاص بتسوير ملكه

١ - الالتزام الخاص بوضع حدود للملك

١٦٢ - هذا الالتزام الخاص بوضع حدود للملك ^(١) هو ما يقوم به المالك من وضع علامات بأخر حدود ملكه الملاصق لملك الجار تمييزاً للمالكين عن بعضهما البعض . والفرض من تعيين الحدود منع الخلافات التى يمكن أن تقوم فيما بعد بين الجارين بشأن حدود المالكين فيدعى أحدهما ان حده هنا ويقول الآخر بأنه هناك . لذا يلزم كل مالك ، اذا طلب جاره ذلك ، أن يحدد ملكه بأن يقيم على أطرافه علامات مميزة له عن ملك الجار . ولذا نصت المادة ٦٤٦ مدنى فرنسى على ما يأتى : « يجوز لكل مالك ازام جاره بوضع حدود لملكه الملاصق له . ومصاريف وضع الحدود يتكفل بها الجاران المتلاصقان » ولم يكن لهذه المادة نظير فى القانون المصرى ولكن يجب الأخذ بها لسببين :

أولاً - انه عند عدم وجود حدود بين الطرفين لا ينضب مصدر الخلاف بين الجارين ولا بد لها أن يختصم الى القضاء ولا بد لهذا الاخير أن يقر كلا منهما فى ملكه بتعيين حدود عقاره بطريقة تفصل المالكين عن بعضهما فصلاً مميزاً لا ينشأ عنه خلاف فيما بعد

ثانياً — ان قانون المرافعات قرر بالمادة ٢٦/٢٩ بالفقرة الثالثة ما يأتي :

(وذلك لمناسبة بيان اختصاص القاضى الجزئى اختصاصاً نهائياً فيما لا يزيد عن ٢٠ ج م واختصاصاً قابلاً للاستئناف فيما زاد عن ذلك بلغ ما بلغ) «... ويحكم أيضاً متى كانت الملكية غير متنازع فيها في الدعاوى المتعلقة بتعيين حدود العقار (١) وفي الدعاوى المتعلقة بتقدير المسافات المقررة قانوناً (٢) أو نظاماً (٣) أو اصطلاحاً (٤) فيما يختص بالبنية أو الأعمال المضرّة أو المفروسات ». وهذا النص من جانب قانون المرافعات مؤيد لما قررناه بأنه اذا اختلف الجاران في الحدود، دون الملكية، وهذا هام، اختصاصاً الى القضاء ففصل في أمر الحدود وأمر بتعيينها بمصاريف يتكفل بها الجاران المتنازعان. وقد جرى القضاء المصرى على الأخذ بما نقول من أنه يجوز ازام الجار على وضع حدود للملكه فان لم يفعل جازت مخاصمته واكراهه على الالتزام قضاء (٥) وتجب ملاحظة أن المصاريف مناصفة بين الجارين فيما يتعلق بالمصاريف القضائية للدعوى أى رسومها، وأما مصاريف الخبير وأتباعه فان توزيعها يراعى فيه نسبة ملك كل واحد للآخر وذلك في حالة ما اذا تعلقت بمسح العقارين (٦) وتكون مناصفة اذا اقتضت أعمال الخبير على مجرد وضع العلامات المميزة للحدود. هذا كله فيما اذا كانت المصاريف هذه ناشئة عن عملية وضع الحدود برضاء الطرفين (٧). وأما اذا اختصاصاً الى القضاء وتنازعا في أمر الحدود وجب الرجوع الى القاعدة العامة، في ان المصاريف برمتها وعلى اختلاف أنواعها بما فيها أتعاب المحاماة على من خسر الدعوى، المقررة بالمادة ١١٣/١١٨ مرافعات و ١٣٠ فرنى (٨)

Distance fixée par la loi (٢) Action en bornage (١)
 Usage (٤) Règlement (٣)
 ج ع ١ ص ٣٣٩ ن ٤٣٥١
 Arpentage (٦) كولن وكابتن ج ١ ص ٧٦٠
 Bornage amiable (٧) (٨) د، ١٤٩٠٩، ٢١٢ — س، ١٤٩٠٩، ١١٠
 عيائى ص ٢٦٥ ن ١٦٥٨ — الصفحة المذكورة من كابتن

١٦٣ - ولا تقبل دعوى تحديد العقارين المتلاصقين الا اذ كانت خالية عن النزاع في الملكية . بمعنى انه اذا اتفق كل من الطرفين على مقادير مساحات كل أرض من الارضين واختلفا فقط في كيفية وضع الابعاد والعلامات ، قبلت دعوى فصل الحدود . وأما اذا أسفرت هذه الدعوى على نزاع في الملكية بأن اختلفا في الحدود بمد اختلافهما في مقادير ما يملكه كل منهما من المساحات ، وجب أولاً الفصل في دعوى النزاع في الملكية وحسم النزاع فيما يتعلق بمقادير الملكية ، تلك المقادير التي تم عليها الحدود الطبيعية كجسراً أو ترعة عامة . وأما الحدود الاخرى التي لم تكن ثابتة مثل ترعة خصوصية أو أحجار غير نافذة الى الارض كثيراً ، فترفع عنها دعوى فصل الحدود اذ في هذه الحالة يسهل الفصل فيها لان مقادير الملكية تعينت أخيراً بدعوى الملكية ؛ ولان تحديد الارض في دعوى النزاع في الملكية بمحدود طبيعية أمر يسهل الفصل في دعوى فصل الحدود ، لان الفصل فيها لا يتناول الا وضع حدود بشأن الحدود التي لم يتم عليها حد ثابت كما ذكرنا . لذا نرى في مجال العمل ان دعاوى فصل الحدود نادرة لانها تستحيل دائماً وأبداً الى نزاع في الملكية

ب - في الالتزام الخاص بوضع سور للمقار

في المدن والضواحي

١٦٤ - القانون الفرنسي : قرر الشارع الفرنسي بالمادة ٦٦٣ مدني بأنه يجوز للجار أن يلزم جاره الملاصق له على اقامة حائط فاصلة بين الاثنين يلتزم بمصاريفها الاثنين بأن تكون مصاريف اقامة الحائط بالذات على الجارين وبأن يتخلى كل جار عن جزء صغير من ملكه حتى تقام الحائط عليه بأبعاد معينة . وشرط الالتزام هذا انما هو معقود بما اذا كانت المقار موجودة في المدن ^(١) أو

الضواحي^(١) : والحائط المشتركة هذه^(٢) أو الاشتراك فيها^(٣) تعتبر ملكا للطرفين . والملكية المشتركة تثبت اما بعقد أو هي ثابتة من نفسها باعتبار أن فصلها لعقارين قرينة^(٤) على أنها مشتركة في الملكية بين الجارين (المادة ٦٥٣ مدنى فرنسى) وأجاز القانون الفرنسى بالمادة ٦٥٦ بأنه اذا طالب أحد الشريكين فى الحائط الشريك الآخر بالتزامه بنصف المصاريف اللازمة لصيانة الحائط جاز لهذا الشريك الآخر أن يترك نصيبه فى الارض المقامة عاينها الحائط ملكا لجاره فى مقابلة عدم اشتراكه معه فى التكاليف^(٥) . وأجاز القضاء الفرنسى من طريق القياس صحة هذا الترك فيما اذا طلب انشاء حائط مشترك^(٦)

١٦٥- القانون المصرى : هذا هو ما يتعلق بالقانون الفرنسى الذى أخذ عنه الشارح المصرى المختلط أولا والاھلى ثانيا تشاريعه المختلفة . ولكن لا أثر لهذه المواد المختلفة بالقانون المصرى . بل على العكس من ذلك قرر الشارع المصرى هذا نقيض ما قرره مصدره الفرنسى بالمادة ٦٦٣ . اذ قرر بمادته ٣٨/٥٩

Mur mitoyen (٢) Faubourgs (١)
Présomption (٤) Mitoyenneté (٣)

(٥) وقد اختلف الشارحون فى التعليل القانونى fondement juridique لهذا الترك اذ قال بعضهم بأنه مظهر من مظاهر ترك المقار والتخلى عنه déguerpissement ، لان ملك المقار اذا تقرر بدمته حق لدائمه على هذا المقار ، جاز له ترك المقار فى أى وقت يشاء ، أخذاً بالقاعدة المقررة فى الزمن العقارى غير الحيازى hypothèque بالتجوز لحائز المقار ، وهو المشترى لمقار مروهون ، بالتخلى عنه délaissement وترك الدائن ينفذ بدينه على المقار على شرط أن لا يكون الحائز ملتزماً مع الدين بالدين (المادة ٢١٧٢ مدنى فرنسى والمادة ٥٧٥ / ٦٩٨ مدنى مصرى) . ورأى البعض الآخر عدم الاخذ بهذا الرأى وقال بأنه ما دام أن تكاليف الصرف على الحائط هى فى مقابل الانتفاع فمن ترك الحائط قائما يترك حقه فى الانتفاع . ومن نتائج الفرق بين الرأين أن ملكية الحائط وأرضه تزول عن ترك طبقاً للرأى الاول . ولا تزول ملكية الارض والحائط طبقاً للرأى الثانى ، بل تزول فقط المنفعة من استعمال الحائط كوضع أخشاب وخلاف ذلك (كولين وكابتان الصفحة السابقة)

(٦) ٢١٩، ٢، ٩٣، د — ص ٩٣، ٢، ١١٩ . وكان القانون الرومانى يوجب على من يريد تسوير ملكه أن يترك منه مسافة خمسة أقدام عرضاً بين حائطه وأرض الجار : كولين وكابتان ج ١ ص ٧٨٠ ويسمى هذا الحرم ambitus

دنى ما يأتى : « ليس للجار أن يجبر جاره على إقامة حائط أو نحوه »^(١) على حدود ملكه .
 لا على أن يعطيه جزء من حائطه أو من الأرض التى عليها الحائط المذكور . . «
 السبب فى شذوذ الشارع المصرى عن الفرنسى هو أن الشارع المصرى أراد أن
 يأخذ بما جرت عليه الحال فى مصر قبل وضع القوانين المختلطة سنة ١٨٧٥ والقوانين
 الاهلية سنة ١٨٨٣ أى ما اتبعت فيه أحكام الشريعة الاسلامية . إذ ورد بالمادة ٦٩
 من مرشد الخيران ما يأتى : « لا يجوز للجار أن يجبر جاره على إقامة حائط أو غيره على
 حدود ملكه ولا على أن يعطيه جزء من حائطه أو من الأرض القائم عليها الحائط »
 والنصان الشرعى والمدنى واحد^(٢)

وعلى ذلك لا يجوز للجار الزام جاره على إقامة حائط بمصر ولا على الزامه بأن
 يتكفل معه مصاريف الانشاء مناصفة . بل كل مالك حر فى أن يبني فى أرضه
 سوراً أو لا يبني . فإذا بنى فليس له الزام جاره بدفع نصف مصاريف التكاليف
 ونصف ثمن الأرض . كل هذا على شرط أن لا يكون الجار قد انتفع من الحائط
 فى ملكه . لانه اذا تبين ذلك وجب اما منعه من الانتفاع واما الزامه بقيمة
 الانتفاع وهى نصف تكاليف الحائط . واذا حصل النزاع فى ملكية الحائط وجب
 اتباع الطرق المسنونة فى الاثبات بالرجوع الى حجج الطرفين ومعرفة فى أرض
 من وجدت الحائط . فن وجدت بأرضه كان هو المالك لها وحده دون غيره
 بناء وأرضاً

S'enclore (١)

(٢) ويلاحظ أن الترجمة العربية للمادة ٥٩ المختلطة الموضوعة سنة ١٨٧٥ هى نفس العبارة
 العربية للمادتين ٣٨ الاهلية الموضوعة سنة ١٨٨٣ والمادة ٦٩ من مرشد الخيران التى لم تطبع
 لأول مرة بمصر الا سنة ١٨٨٩ . ولذا زجح أن قدرى بأشأ صاحب مرشد الخيران أخذ النص
 العربى المختلط وواضحه للمادة ٦٩ من كتابه ، مع ملاحظة أن القاعدة القانونية هذه قاعدة ربما
 تكون شرعية فى أصلها . وفى الحقيقة والواقع أنه لم يتبين لنا بعد فيما اذا كانت هذه القاعدة
 الشرعية وردت فى كتب الشرع أم أنها مما اصطلح عليها الاهالى بمصر قبل انشاء المحاكم المختلطة
 سنة ١٨٧٥ فأقرها الشارع المختلط باعتبارها عادة وعرفاً جارياً فى البلاد

واذا تمذرت معرفة الحدود الفاصلة بين العقارين وتعذر معها معرفة في أرض من وجدت الحائظ الفاصلة وجب اعتبارها في هذه الحالة أخذاً بقواعد العدل والقانون الطبيعي ، ملكاً مشتركاً بين الطرفين أرضاً وبناء . وعلى ذلك يلزم كل واحد بنصف مصاريف الصيانة ^(١) . ولكن هل يجوز في هذه الحالة الأخيرة لمن رفعت عليه الدعوى بنصف مصاريف الصيانة أن يتخلى عن ملكيته بنصف الحائظ كما نصت بذلك المادة ٦٥٦ مدني فرنسي أم يكره على دفع نصف التكاليف بأي حال ؟ ان التخلي عن نصف ملكية الحائظ بالمادة ٦٥٦ أمر اختياري بالنسبة للجار المطالب بنصف المصاريف والرامي بالنسبة لطالب نصف المصاريف فيما اذا اختار جاره ترك حقه في الحائظ . والاختيار من جانب والالتزام من الجانب الآخر بعد الاختيار يكونان عقداً ناقلاً للملكية برضاء الطرفين ، ذلك الرضاء الذي اذا لم يقبله المدعي المطالب بنصف التكاليف فان القانون يبيح للمقاضى القبول بالنيابة عنه وكرهاً منه . والزام من جانب الشارع بان يقبل الغير ما يعرضه عليه الفرد ، الزام لا يكون الا بنص ، لانه افتيات على حرية التعاقد وحرية الالتزام ، والالتزام لا ينشأ الا بنص وحيث لا نص بالقانون المصري يحكى النص الفرنسي ٦٥٦ فلا نستطيع القول بجواز تخلي الجار المطالب بنصف التكاليف عن ملكية نصف الحائظ المشتركة واعفائه من نصف التكاليف

١٦٦ — اذا علم ذلك لا بد لنا من ابداء الملاحظات الآتية :

١ — للعاجرين حق الاتفاق على اقامة حائظ مشتركة فاصلة . ولهما الحق المطلق في بيان حقوق ملكية كل منهما لها كلا أو بعضاً . اذ عقدهما قانونهما طالما أنه لا يمس بلائحة أو قانون أو مصلحة عامة أو مصلحة الغير

ب — الحائظ المقامة على ملك المالك ملك له لا يشاركه فيها أحد فله اصلاحها وتنظيمها كما يشاء . وله أيضاً هدمها اذا أراد في أي وقت . ولكن الشارع قيد هنا حق الملكية من حيث الهدم بقيد تعلق بمصلحة الغير وهو الجار . وذلك

أنه بعد أن قرر بالمادة ٣٨ / ٥٩ مدني بالفقرة الاولى الحرية المطلقة فيما يتعلق بأقامة الحائط قرر بالفقرة الثانية منها ما يأتي : « ومع ذلك ليس لمالك الحائط أن يهدمه لمجرد ارادته ^(١) اذا كان ذلك يترتب عليه حصول ضرر ^(٢) للجار المستر ملكه بحائطه ^(٣) ما لم يكن هدمه بناء على سبب قوى ^(٤) ويفهم من هذه الفقرة أن استئثار الجار بحائط المالك واستناده اليها قرر له حقاً على الحائط ، حقاً معقوداً بانتفاء السبب القوي لدى مالك الحائط في هدم حائطه ، وحقاً لا قيمة له ، أي لا حقاً ، اذا كان الهدم لباعث مقبول . فاذا أراد مالك الحائط هدمها لانها متداعية أو أنه يريد ادخال تعديل في نظام بيته أو يريد هدم البيت لاقامة عمارة مشيدة عليه ، أو اشترى شخص المنزل وحائطه لاجل هدم المنزل مع الحائط وبيع الانقاض ذريعة للكسب كما حصل ذلك كثيراً مدة الحرب وبعد أن امتنع أو تعذر ورود الاخشاب وأنواع الحديد ، اذا حصل ذلك فليس للجار المستر حق التظلم لأن صاحب الدار والحائط انما ينتفع بحقه انتفاعاً يتفق مع مصاحته هو سواء أصاب في التقدير أم أخطأ . واذا كان الامر كما رأينا فحق يعتبر الهدم غير مشروع حينئذ ، ومتى يعتبر مشروطاً بوجه طام ؟ القول في ذلك يرجع للنظرية الهامة المعروفة في الاوقات الحاضرة بكثرة ظهورها في عالم القضاء وغزارة ما قام حولها من جدل الناقدين على غير طائل، وهي نظرية الاعتساف في استعمال الحق ^(٥) أو الخروج عن الحق . أي استخدام صاحب الحق لحقه لا لأجل تحقيق غرض من الاغراض المشروعة والقيمة في ذاتها بل لأجل الكيد من خصمه والنييل منه من طريق المعاكسة والمضايقة وانزال الاضرار به ارهاقاً وازواجاً له . في هذه الحالة لا يتاح استعمال الحق اذا ما انصرف الغرض من استعماله الى الحاق الأذى بالغير وعدم السعى على تحصيل منفعة . وكأن للحق في هذه النظرية الهامة وجهان . وجه يتعلق بالمصلحة الذاتية للفرد وما يعود عليه من النفع الموقوف عليه والخاص به .

Nuire (٢)

Détruire volontairement (١)

Motif sérieux (٤)

Dont la propriété est close (٣)

Abus des droits (٥)

. ووجه يرجع للمصلحة العامة وما تستفيد به الجماعات أو المجتمع الانساني المحلى أو العام من هذه المنفعة الخاصة بالفرد ، وهى تحسين الممارات ، ان كان الحق متعلقاً بالبناء ، أو ترويج الاراضى وزيادة قيمتها ، ان كان الحق متعلقاً بالاراضى . وبوجه عام يجب أن يستحيل الحق عند استعماله الى منفعة خاصة لصاحب الحق والى منفعة عامة للجماعة . فاذا ما استخدم صاحب الحق حقه فى سبيل ارضاء شهوة لديه أو نزعة نفسانية تغفلت فى حمأة من السوء والشر ، انتفت المصلحة العامة وأصبح الحق مشوهاً فى مظهره العملى . ووجب فى هذه الحالة ليس فقط الحكم بالتعويض فى مقابل ماحل من الضرر بمن نزل به ، بل الحكم أيضاً بالحظر على صاحب الحق من انتفاعه بحقه بهذا الاسلوب التعسفى ، ومنعه كرها من الايفال فى سبيل ما اختطه^(١) وهذا هو ما تريد أن تقرره المادة ٣٨ / ٥٩ بنقرتها الثانية . فاذا تبين بأن الجار صاحب الحائط أراد أن يشكل بجاره وينزل به الاذى فيهدم عليه حائطه حتى ينهار جدار الجار فلا يستطيع أن يقيمه وجب منعه من السير فى الهدم والزامه باصلاح ما تهدم . أو اذا تم الهدم وجب الزامه باقامة الحائط بمصاريف يلتزم هو بها واذا أبى جاز للجار اقامة الحائط بمصاريف من ماله فى مقابل الرجوع بها على خصمه^(٢)

ج — يجوز الزام الجار باقامة حائط اذا تبين بأن الحائط تمنع وصول الضرر .

الحاصل بفعل الجار الى جاره

د — اذا كانت الارض طارية عن البناء أو بها بناء غير كامل وجب على المالك

تسويرها منعا لتراكم القاذورات بها على اختلاف أنواعها . واذا لم يتم تسويرها أوخذ جنائياً باعتبار امتناعه مخالفة (أنظر المادة ٣٤٨ عقوبات)

(١) فيها يتعلق بنظرية الاعتساف فى استعمال الحق انظر الالتزامات ص ٤٩ — ٧٦٢ و ٨١٠ — ٨٢٧ — وانظر أيضاً بشأن هذه النظرية الكتاب الحديث لموسيو Ripert وعنوانه La règle morale dans les obligations civiles ص ١٥١ — ١٧٥ طبعة سنة ١٩٢٥
(٢) م ت ق ، ٣ ، ١٣٦ — م د ، ١ ، ٩٠ ص ٢٠٦ عدد ٩ — م ت ق ، ١٠ ، ١٢٨ — م د ، ١ ، ٩٠ عدد ٩٠ — المحرق ١٤ ص ١٩٤

٣ - النوع الثالث من قيود الملكية

القيود القضائية

في قيود الجوار أو الالتزامات الجوية

١٦٧ - للجوار بين الملاك اعتبارات هامة ترجع الى مآلده حالة الاتصال العقارى فيما بينهم من تلاصق الابنية ومن تقارب أوجه المنافع . لذا كان احساس الواحد منهم بضرر يصدر من الآخر احساساً ذا أثر دائم في نفس الجار المضار ليس من السهل عليه الفرار منه بهجر عقاره وتركه ، بل لا بد له على الغالب الأغلب أن يبقى بداره ويعمل على منع الضرر عنه من طريق ازام الجار بتعويض نظير ما وقع من الضرر والحظر عليه في أن يستمر في الحاق الضرر خطراً يقضى به القاضى . وان كان للمالك الجار ان ينتفع كما يشاء بملكه وأنى شاء الا أن الاطلاق في الانتفاع اطلاق مقيد كما رأينا بحيث لا يكون من ورائه الحاق الضرر بالجيران ضرراً لا يتحملونه عادة بحكم الجوار وضروراته . لذا يجب ان يقف حق الانتفاع بالملكية عند الحاق الضرر الجسيم بالجار . ولقد رأينا قيوداً عدة قد حدثت من حق الملكية من حيث الانتفاع^(١) ولا يمكن القول انها وردت على سبيل التحديد والحصر ما دام ان الملكية تأخذ هي الاخرى حكمها في التطور والتأثر بالازمان والايواساط . نعم قد يقال بان المالك وعلى الاخص المالك العقارى في حل من أن يجرى بملكه ما شاء من أنواع الانتفاع والاستعمال طالما أنه لم يخالف القانون فيما نص عليه القانون ، أى أنه يعمل كل ما هو خارج عما هو محظور عليه قانوناً . فان صح ذلك وصدقت هذه النتيجة فانما تصدق من وجهة التحليل المنطقي البحت ومن طريق الجود على النصوص . ولذا لم تأخذ العادات العملية وهى أحكام المحاكم بهذه النتيجة المنطقية الصرف وسارت في طريق التوسع بما يتفق مع حكم التطور والتغير وقضت بان الملاك ملزمون في أن يراعوا عند الانتفاع باملاكهم ضرورات الجوار

فيأخذون من وسائل الاحتياط وذرائع الايقاظ والحيطه ما يضمن للجوار راحته وطمأنينته . وأطلقت على هذه الوسائل عبارة التزامات الجوار ^(١) . وقد أفاض الكتابون المصريون في استكناه هذه الالتزامات والتعرف على أصولها وتبيين أكنهاها بالرجوع الى مصادرها التاريخية والى أدوارها العمرانية ^(٢) كل ذلك على ضوء المبادئ القانونية التي تخضع هى الاخرى لحكم التطور لا محالة وكان لابد من تقرير هذه الالتزامات الجوارية باعتبارها قيوداً لحق الملكية ، وقيوداً ترجع لاعتبارات خاصة ذات أثر ظاهر دائم فى حياة الانسان لصله الجوار . والا لو ترك المالك وهو يعدل على الانتفاع بملكه حراً مطلقاً من كل قيد يرجع فيه الى صله الجوار لنجم عن ذلك حرب مستعرة بين الجيران لا تنطفى لها نار . اذ كيف يطمئن الجار على راحته وطمأنينته بل وعلى ملكه اذا جاء جاره واستباح لنفسه ايجاد حفر فائرة فى أجواف الارض فيتصدع منها جدران الجار فينهار ؟ أو أن يستبيع لنفسه انشاء مدبغة ^(٣) أو مخزن لحفظ المواد البرازية فيه ^(٤) أو معمل لدق السباح ^(٥) او عمل لتخمير السمسم فتصاعد روائح مزعجة وضارة بالصحة ؟ أو أن يحدث بداره غوغاء تحول دون أن ينام الجيران ؟ فهل يستباح كل ذلك أم الاباحة محظورة ؟ لذا رأى القضاء فى كل آن أن يبيح للجار الذى أصابه أى نوع من أنواع هذه الاضرار المختلفة أن يطلب الى القاضى : (١) الحكم بتعويض — (٢) الحظر على الفاعل من

Obligation de voisinage (١) (٢) ومن هذه المؤلفات ما يأتي :

Ripert, l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines, thèse, Aix, 1902.

وانظر مقال كاتبان بمجلة *Revue critique* سنة ٩٠٠ م ١٦٥ ومقال Appert في مجلة *Revue trimestrielle de dr. Civ.* سنة ٩٠٦ م ٧١ ومقال كاتبان بمجلة د، ٩٠٨ ، ٢ ، ٤٩ ومقال Appert بمجلة م، ٩٠٥ ، ٢ ، ٤١ ومقال Ripert بمجلة د، ٩٠٧ ، ١ ، ٣٨٥ ومقال Ferron بمجلة م، ٩٠٥ ، ٢ ، ٢١٧ ومقال Josserand بمجلة د، ٩١٣ ،

Déptoir (€)

Écorcherie (۲)

144 c 4

Usine de trituration d'engrais (*)

الاصرار على عمله . وان كان هذا القضاء ، فيما يحكم به من التعويض عمامضى ومن الحظر في المستقبل ، قضاء يتفق مع سداد الحكمة ومراعاة المصلحة الانسانية ، الا انه قضاء لم يفلت هو الآخر من اشكالات اعتورته في سبيل تقرير مبادئه . وهانحن أولاء نذكر كيف تقرر هذه الآراء وما هو مبلغ ما اكتنفها من صعوبات تغلبت عليها هذه الآراء بحكم المبادئ القانونية الصحيحة . ونتكلم هنا على مسألتين . المسئلة الاولى : كيف يمكن التوفيق في بعض الاحوال بين سلطة المحاكم وسلطة الادارة . والمسئلة الثانية : ما هو التعليل القانوني لالتزامات الجوار وما هي أداة التعرف عليها

١ - المسئلة الاولى : كيف يمكن التوفيق بين سلطة القاضي

وسلطة الادارة

١٦٨ - يغلب في مجال العمل أن ما يشكو منه الجيران أعمال صادرة من جار لهم حصل على اجازة أو رخصة^(١) من السلطة الادارية لاجل استغلال المحل . مثلاً يحصل أن تهدم الجدار وتصدع جدران الدار ينشأ عن التصريح للجار في استغلال منجم . أو أن الغوغاء والأبغرة وما تحمل معها من الاوساخ التي تتصاعد جميعها انما تأتي من محل مدرج في عداد المحلات الخطرة والمقلقة والضارة بالصحة وان صاحب المحل قد حصل على رخصة ادارة محله من الجهة المختصة وهي السلطة الادارية . ولم تعط هذه السلطة اجازة الادارة الا بعد بحث وتحقيق يتناول التعرف على المنافع والمضار^(٢) . وقد حكم القضاء الفرنسي بعد أن تردد كثيراً في أن السلطة الادارية في اعطائها للرخصة لطالبها لم ترد بذلك أن تجعله في مأمن من احتمال مقاضاته مدنياً بمعرفة جيرانه . أي أن الرخصة لا تنحول دون مقاضاته بسبب ما أصاب الجار من الاضرار^(٣) وحجة القضاء في قضائه هذا أنه

Enquête de commodo et incommodo (٢) Autorisation (١)

(٣) ١٧١، ١، ٨٥، ٤ - ١٦١، ١، ٨٥، ٤ - ٦٩، ١، ٨٥، ٤ - ٢، ٩٣، ٤ - ٤٣١، ٤، ٨٥، ٤

١٢٤، ٢، ٩٣ - كوابن وكابتن ج ١ ص ٧٦٢

يجب التمييز في هذه المسائل بين الاعتبارات الادارية التي ترجع للسلطة البحث والاعتبارات المدنية التي لا تتصل اتصالاً مباشراً بالقانون المدني وأحكامه العامة. ذلك لأن صاحب المحل عند ادارته له انما يقف أمام جزأين : جزاء عام^(١) أى العقوبة الجنائية^(٢) وهى الغرامة بوجه عام وذلك فيما اذا ارتكب مخالفة من المخالفات التي نص عليها قانون المحلات الخطرة والمضرة والمقلقة، أى مخالفة ادارية، كأن يفتح المحل بلا رخصة . وجزاء مدنى^(٣) أى تعويض يدفعه للجار المضار فاذا نال الرخصة فانما نال الافلات من العقوبة الجنائية . وأما الجزاء المدنى فلا على أنه ان صح هذا رأى ووجب الاخذ به فلا يجوز المضى فيه على اطلاقه من حيث الحكم بالتعويض مما مضى والحكم بالخطر فى المستقبل معاً . ذلك لانه باعطاء الرخصة الى صاحب المحل فقد أصبح ذا حق ناشئ عن الرخصة . فهل يجوز الحكم بالخطر أى بغلق المحل ومنع المرخص له من الاسترسال فى استغلال محله ؟ لا يجوز ذلك لان المحاكم المدنية ممنوعة بحكم نظرية فصل السلطات عن التدخل فى أعمال السلطة الادارية والافتيات على حقوقها وكل ما يملكه القضاء المدنى انما هو الحكم بالتعويض فقط عند وجود الرخصة^(٤)

هذا هو قضاء القضاء الفرنسى وحكم الفقه فيه ولا نرى مانعاً من الاخذ به فى قانوننا المصرى

١٦٩ - ويجرى القضاء المصرى على الاخذ بهذا المبدأ الهام جداً اذ أنه يبيح جواز سماع الدعوى عن تعويض بشأن ضرر ناتج من محل صناعة مقلق بالراحة حاصل على رخصة من السلطة الادارية . وهو لا يقضى بالتعويض فى هذه الاحوال اذا كان الضرر طارياً وناشئاً عن مضايقات خفيفة لان هذا النوع من المحلات وأمثاله مفيد للمصلحة العامة أى اذا حصلت منه مضايقات غير عادية جاز الحكم بتعويض^(٥)

(١) Sanction publique (٢) Penalité (٣) Sanction civile

(٤) كولن وكايتان ج ١ ص ٧٦٢ (٥) ج ٢ ص ٣١٠ ن ٣١٩

١٧٠ - واذا صح جواز مطالبة المحل المقلق للراحة بتعويض نظير الاضرار العادية التي تنشأ عن محله فهل يجوز مطالبة الحكومة بمثل هذا التعويض ؟
 لها أعطت رخصة بإدارة المحل ؟ لا يجوز ذلك سواء كان الضرر بسيطاً أو غير بسيط ويجوز أن تعتبر الحكومة مسئولة بمقتضى المادة ١٥ / ١١ من لأئحة
 شاء المحاكم الاهلية والمختلطة فيما اذا أضرت أعمالها الادارية ^(١) بحقوق
 كتسبة ^(٢) ولا يكون ذلك الا اذا صدرت أعمالها مخالفة للقوانين واللوائح وما
 استفاد من طبيعة الحياة العصرية ^(٣) كما اذا أعطت رخصة عن محل بالاخطا
 خصصة لسكن العائلات (المادة ٢ من لأئحة المحلات العمومية قانون رقم ١ سنة
 ٩٠) أو أعطت رخصة لشخص ممنوع قانوناً من الترخيص له (اللائحة المذكورة)
 ولكن هل يجوز للقضاء أن يحكم بالازالة رغم الرخصة ؟ لا يجوز ذلك لان
 مادة ١٥ / ١١ من لأئحة ائشاء المحاكم لا تجزله ايقاف تنفيذ العمل الادارى أو
 ويله تأويل لا يختلف مع ما تريده السلطة الادارية . وكل ماله هو أن يحكم بتعويض عن
 ضرر الواقع ويحفظ للفرد المضار حقه في المطالبة بتعويض عن الضرر المقبل وربما
 نضى بتعويض وقفي ^(٤) أى تعويض يستعان فيه بواسطة نظرية وسائل
 لا كراه بحيث ترى الادارة نفسها أمام حالة شبه حتمية في العمل على رفع
 مصدر الضرر . وان اعترض على جواز الحكم بتعويض وقفي بأنه يخالف في النهاية
 احظرته المادة ١٥ / ١١ المذكورة لانه لم يخرج عن كونه دعوة للادارة في الغاء
 مرها ، الا أن القضاء قد يرى في ذلك مسوغاً قانونياً لمنع استمرار الضرر من
 لريق رفع مصدره ^(٥) . على أن القضاء قد سار في مذهبه الى أبعد من ذلك

(١) Actes administratifs (٢) Droits acquis

(٣) راجع في ذلك كتابنا في مسئولية الحكومة المصرية، ج ١ (٤) Des astreintes

(٥) على أن القضاء رأى فوق ذلك انه يجوز له مع احترامه لقاعدة عدم ايقاف تنفيذ العمل
 لادارى ، أن يحكم بقول دعوى رد الحيازة الى وضع اليد réintégrande ويحكم برد الحيازة
 قط الى واضح اليد اذا تبين بان له حقاً مكتسباً . ويقول القضاء في ذلك بأن رد الحيازة لا يتبر

اذ قرر بأنه لا يؤخذ بالمادة ١٥/١١ المذكورة الا اذا كان العمل الادارى عملا اداريا صحيحا في ذاته جامعا لشرائطه القانونية التي تجعله في مأمن من ايقاف تنفيذه أو تأويله . بحيث اذا تبين بأن العمل المقول بأنه ادارى لم يكن في الحقيقة عملا اداريا بالمعنى القانوني الصحيح ولم تتوافر فيه الاركان القانونية فلا يصح اعتباره عملا اداريا متممًا بالامتيازات التشريعية المقررة له بالمادة ١٥/١١ من لأنحى انشاء المحاكم الاهلية والمختلطة ^(١)

وعلى ذلك اذا تبين بأن العمل الادارى لم يكن سوى عمل يتعلق بإدارة أموال الحكومة ^(٢) فلا تسرى عليه وقتئذ المادة ١٥/١١ المذكورة انما تسرى عليه الاحكام الهامة المقررة في القانون المصرى . أى يصبح عملا غير ممتاز لانه عمل غير ادارى ولو انه صادر من سلطة الادارة ^(٣)

ب - المسئلة الثانية : التعليل القانوني للالتزامات الجوارية

واداة التعرف عليها

١٧١ - قلنا ان هناك التزامات جوارية تدعو اليها اعتبارات مادية وأدبية لمناسبة الجوار وذلك لان الجوار أمر لازم للانسان في الحياة لا يستطيع التفرار منه مادام أنه مدنى بالطبع . وقلنا ان العمران في تطور وتيار المدنية جارف قوى وأشكال الرقى اليومية كثيرة ، والالتزامات انما تتمدد ، والقيود تكثر ، كلما اتسع مجال الحق في ميادين العمل والانتفاع . وبما لا يحمد أمره أن تبقى هذه الالتزامات ولا ضابط لها ^(٤) يمكن الاستعانة به في التعرف على كنه الالتزام

أمرأ عاكفاً لمنطوق المادة ١٥/١١ المذكورة أى لا يستبر ايقافاً لتنفيذ العمل الادارى انما يستبر الحكم في ذاته بمثابة حكم بالتعويض . استئناف م ١١ مايو سنة ١٩٢٢ م ت ق ، ٣٤ ، ٣٩٦

(١) Salvatore Messina, la juridiction administrative de Tribunaux

Mixtes en Egypte, 1923, p. 55, n. 42 et suiv.

(٢) Acte des gestion (٣) انظر كتاب Messina المذكور ص ٨٧ ن ٦٥

— وانظر الامثلة على ذلك بالكتاب المذكور ص ٨٧ ن ٦٦ (٤) Criterium

الجوارى ومتى يعتبر التزاماً مقيداً لمن اشتغلت ذمته به ومتى لا يعتبر كذلك .
 هذا فكر فريق كبير من حملة القانون قديماً وحديثاً في البحث على اداة التعرف
 لتي يمكن بها معرفة ما اذا كان هناك التزام جوارى أم لا ، أو بعبارة أخرى
 ما هو التعليل القانونى ^(١) أو الكيانى العلمى أى التكييف القانونى لهذا الالتزام
 الجوارى ، وعلى أى أصل قانونى يرتكز وعلى أى نظرية قانونية يستمد قوته
 وأثره . وهنا اختلف الباحثون فيما وفقوا اليه من المذاهب واختلفت معهم
 المحاكم . الا أن القضاء لم يشعر بحيرة كبرى أمام ما قام عليه هذا الجع الفقهى
 من الخلاف . وأقلت من مآزق الابحاث القانونية الدقيقة فى كثير من أحكامه ،
 وجرى خلف هذه النظرية المبهمة الغامضة التى لا ضابط لها ولا دستور تعتمد
 عليه ، وهى نظرية العدالة ^(٢) فكان يرجع فى تقديراته الى ما اكتنف الدعوى
 من ظروفها الخاصة وقائمه المختلفة
 أما الآراء الفقهية فقد اختلفت كما قلنا واننا نوجزها هنا فيما يأتى :

§ ١ - المذاهب الاربعة فى الفقه الفرنسى

١٧٢ - المذهب الدول : مذهب شبه العقد ^(٣) ويظهر أن بوتيه يريد
 أن يأخذ به . ذلك لانه قرر « بأن من شأن الجوار أن يجعل المالك ينتفع بملكه
 بحيث لا يضر جاره . ويجب أن تنصرف هذه القاعدة الى أنه مهما كان للمالك من
 الحرية فى الانتفاع بملكه كما يشاء الا أنه ليس له أن يعمل عملاً يترتب عليه حدوث
 شيء يملك الجار يكون ضاراً به » ويؤيد أصحاب الرأى هذا بعد بوتيه رأيهم
 بالاستناد الى المادة ١٣٧٠ و ٦٥١ مدنى فرنسى . اذ تقول المادة ١٣٧٠ وهى
 أول المواد المعقودة تحت الفصل الخاص « بالالتزامات التى تمنعق بلا اتفاق سابق
 عليها » بأن هذه الالتزامات على نوعين : نوع يقول به القانون نفسه . ونوع يرجع
 الى عمل الانسان نفسه . وانه يدخل فى النوع الأول الالتزامات الناشئة جبراً

بين الجيران دون أن يتفقوا عليها من قبل . وتقول المادة ٦٥١ ، وهي من ضمن المواد الواردة بالفصل الخاص بحقوق الارتفاق التي قررها القانون نفسه ، « بأن القانون يحمل الملاك بجملة التزامات مختلفة ازاء بعضهم البعض دون سبق اتفاق بينهم من قبل »

وما قال بهذه النظرية أصحابها حتى نقدها الناقدون وأخذوا عليها في موضعين اذ قالوا عنها انها ليست صحيحة في جملتها ^(١) وانها ناقصة ^(٢) لا تصاح في أن تتمشى على الالتزامات الجوارية في مجموعها

أما كونها غير صحيحة في جملتها فإن المادتين ١٣٧٠ و ٦٥١ المذكورتين انما هما خاصتان بحقوق الارتفاق القانونية ^(٣) أو الطبيعية ^(٤) ولا شأن لهما بهذا النوع الخاص بالالتزامات الجوارية . اذ لا تعتبر هذه الالتزامات من نوع الارتفاق الذي يتحمل به عقار في مصلحة عقار

وأما كونها ناقصة ولا يمكن معها حل الاشكالات جميعها فانها لم تبين لنا متى يعتبر القيد التزاماً جوارياً ومتى لا يعتبر ؟ أى ما هو موضوع الالتزام الجوارى ^(٥) وما هي قوته وما هو أثره ؟ على هذا السؤال أجاب أنصار النظرية بأن موضوع هذا الالتزام وأثره هو أن لا يقوم الملاك المتجاورون بأعمال من شأنها إلحاق الضرر بالغير

وهذا جواب لا يقدم النظرية بل يؤخرها لأنه لو صح حكمها في أن يحظر على الانسان في حياته أن لا يعمل عملاً ضاراً بغيره لترتب على هذه القاعدة المطلقة العامة تقيد الحقوق من حيث هي حقوق بقيود تغلها وتسيرها الى جعلها أضعافاً لا قيمة لها اذ لا ينتفع بها مطلقاً لجرد ان أصاب الغير منها ضرر عند ما يقوم صاحب الحق باستغلال حقه والانتفاع به على مختلف الصور المعروفة . فاذا جاء صاحب أرض فضاء وأراد إقامة بيته على حدود ماسكه وترتب على البناء حرمان

Serv. légales (٣)

Insutlisant (٢)

Peu exact (١)

Objet (٥)

Serv. naturelles (٤)

باره من التمتع بالهواء الذي كان يأتي اليه من نوافذ فتحها على بعد متر، وأحرمه من استجلاء منظر الخلاء على بعد متر بواسطة أرض الفضاء الباردة والمبنية اليوم بطالب هذا الجار بتعويض، فهل يجاب الى طلبه أم يرفض؟ يرفض حتماً. لأن مالك أرض الفضاء في اقامته لحائطه انما ينتفع بحقه، وهو لا يسأل في هذه الحالة فيما اذا كان انتفاعه بحقه هذا قد أضر بجاره أم لم يضره. لأنه يستطيع هو الآخر أن يحتم على جاره في أنه، أي الجار قد حرمه من تمام الانتفاع بملكه فيما لو منعه من الانتفاع بسبب النوافذ المفتوحة على أرضه وهكذا لا تنتهي هذه الحال اذا تبقى كالحلقة المفرغة لا يعرف مبدؤها ومنهاها. والرأي الصحيح أن لكل ذي حق الانتفاع بحقه في حدود حقه. ومن المشاهد والملاحظ في عالم الحياة ان الانتفاع بأي حق من الحقوق ينجم عنه ضرر بالغير. ويستحيل أن يفهم الانتفاع بالحق الا اذا ترتب عليه ضرر بالغير: فكأن الضرر ملازم للحق وهو ليس منافياً له بل ربما كان الضرر من أخص أوصاف الحق؛ ولكنه ضرر مشروع يجيزه القانون. فاذا بنى مالك الأرض داره وبذلك حرم الجار من استجلاء منظر الخلاء، الأمر الذي ربما تنقص فيه قيمة داره، فلا يسأل الباني عن شيء ما. لأنه ان جاز حصول ضرر للجار هذه المرة من التصديق من النوافذ الخلوية، فقد يحصل أن الدار يزداد صقعه وتعلو قيمته بسبب زيادة العمران حوله. فهل يجوز لمن بنى ان يطالب جاره بقيمة ما أضر به هذا الجار بسبب زيادة العمران؟ طبعاً لا أخذاً بنظرية الأثر على حساب الغير^(١). قلنا ان الضرر ملازم للحق لأنه لا يمكن ادراك الانتفاع به الا اذا كان صاحبه يحصل منفعة منه. وفي تحصيل المنافع الحاق ضرر بالغير. والحق وهو في طريق المزاحمة^(٢) أظهر في الحاق الضرر بالغير من مظاهره الاخرى. والمزاحمة أمر ضروري للحياة لا تدرك بدونها. وعلى ذلك يعتبر الحق في يد صاحبه قوة وسلطاناً في اخضاع الغير له^(٣). وفي اخضاع الغير اضرار بالغير، والاخضاع

متلازم من الجانبين فالضرر حاصل فيهما ولا محالة . وكل يحكم الآخر بما ينزل به من الضرر . وان جاز ما قاله بعض المفسرين بأن الحق يقف حيث يعبث بحرية الغير فان من الأصح أن يقال بأن الحق هو اعتداء على حرية الغير ^(١)

١٧٢ - المذهب الثاني . مذهب الجنبنة وسبب الجنبنة ^(٢) . ويقول به القضاء اذ يرى ان الالتزامات الجوارية لا ترجع في أصلها ولا تستند الى نظرية شبه عقد بين الجارين بل ترجع الى ان الحاق الضرر بالغير جنبنة مدنية أو شبه جنبنة مدنية يؤاخذ عليها القانون مدنياً بالمادة ١٣٨٢ و ١٣٨٤ مدنى فرنسى (المادة ١٥١/٢١٢ مدنى مصرى) من طريق تقرير جزاء مدنى وهو التعميـض

ولم تحل هذه النظرية هي الأخرى من تعدد الناقدين اذ لوحظ فيها نقص وانها في حاجة الى سد هذا النقص بالاستعانة بنظرية قانونية أخرى . ذلك انه في الأخذ بالمادتين ١٣٨٢ و ١٣٨٣ فرنسى و ١٥١/٢١٢ مصرى لابد أن يثبت هناك حصول خطأ أو تقصير ^(٣) أى إهمال أو عدم احتياط من جانب محدث الضرر . ولكن يبين من تصفح الاحكام ان القضاء لا يشترط دائماً وأبداً شرط الخطأ عند الحكم بالتعويض بسبب الجوار . ولقد رأينا انه يحكم بالتعويض في حالة ما اذا أدار أحد الأفراد مصنعاً له مع انه حائز لرخصة الادارة من السلطة الادارية وانه احتاط في ادارة المصنع كل الاحتياط بحيث لم يصب الجار بضرر الا بالقدر اللازم حصوله حتماً من ادارة المصنع ^(٤) وقضى القضاء أيضاً بالتعويض في حالة رفع فيها ساكن سكن حديثاً في ناحية استقر فيها من زمن طويل صاحب مصنع وهو يعمل على ادارة مصنعته بحيث لم يشك منه أحد ولم يطالبه بتعويض . فلما جاء الساكن الجديد وشعر بالضرر الذى لحق به طالب صاحب المصنع بتعويض فقضى له به ^(٥) حكم

(١) Atteinte à la liberté d'autrui . كولين وكاتان ج ١ ص ٧٦٤

(٢) Délit et quasi-délit (٣) Faute (٤) ٢٢٧، ٢٠٨٦ د ٢٢٧ — د

١٨٨ ، ٣٩٠ ، ١٠٨٧ ، ٢٦٣ — د ، ١٠٩١ ، ١٣٦ — س ، ١٠٩١ ، ١٠٩١

٢٩٦ — كولين وكاتان ج ١ ص ٧٦٤

(٥) ١٠٩٠٧ ، ٣٨٥ — س ، ١٠٩٠٧ ، ٧٧ ومقال Ripert

تقضاء في هذه الاحوال دون أن يثبت فيها حصول خطأ أو تقصير من جانب رب المصنع ذلك الخطأ الذي يعتبر ركناً هاماً في الأخذ بالمواد ١٣٨٢ وغيرها المذكورة كما يقول بذلك أنصار نظرية المسؤولية التقصيرية. على ان القضاء لم يرق آخر كان يقضى برفض دعوى التعويض لعدم ثبوت خطأ من جانب المدعى عليه. ذلك ان رب مصنع للنشر أخذ كل احتياطة في ادارة مصنعه حتى لا يتسبب عنه أى حريق ما ولم يقع منه حريق بمصنعه منذ ادارته لجاء جار للمصنع وطالب ربه بتعويض لأن شركة التأمين زادت من أقساط التأمين على الجار نظراً لقربه من المصنع ولا احتمال وقوع حريق فيما بعد بسبب هذا القرب. فقضت محكمة استئناف فرنسية بالتعويض ثم جاءت محكمة النقض ونقضت الحكم ورفضت دعوى التعويض مستندة الى انه لم يثبت حصول خطأ من جانب رب المصنع^(١)

١٧٣ - المذهب الثالث . مذهب التعسف في استعمال الحق^(٢) يقول به كولين وكابتان^(٣) استناداً الى الاسباب الواردة ببعض الاحكام . ولو انه لم يأت لهذه النظرية نص قانونى صريح بالقانون الفرنسى المسطور ولكن العادة قضت بها فأصبحت في عداد المبادئ القانونية المسطورة مادام ان القضاء قد استند الى نصوص أخرى بالقانون لاجل الحكم بها^(٤) . وتقضى هذه النظرية بأنه لا يجوز عند انتفاع الافراد بحقوقهم أن لا يتعسفوا في طريقة الانتفاع والاستغلال^(٥) بل يجب أن يذهبوا فيها بالاقدار المناسبة التي تقضى بها طبيعة الحق^(٦) بلا اسراف ولا اغراق وبحيث لا يخرجون عن الاستغلال المادى والطبيعى للحق^(٧) بمعنى أنهم اذا تخطوا حدود الاعتدال ولم يراعوا ما تقضى به ضرورات العادات^(٨) والروابط الاجتماعية اعتبروا في حالة تعسف في استعمال الحق وأصبح القضاء في حل من اصلاح ما يطلب اليه اصلاحه . والامثلة على ذلك كثيرة أظهرها

(١) د ، ١٠ ، ١٩٧ ، ١٠٠ — س ، ٩٧ ، ١ ، ٢٧٣ ومقال Blondel

(٢) Abus de droit (٣) ج ١ ص ٧٦٥ (٤) الالتزامات ص ٨١٩ و ٧٩٠ وما بعدها

Sa destination naturelle (٦)

Excès (٥)

Mœurs (٨)

D'une façon normale (٧)

العمل . فإذا جاء مالك لارض ورفع بها حائطا ضايق به جاره من تمتعه بالمنظر يراعى الخلوية فلا يسأل صاحب الارض عن تعويضه نظير ما نزل بالجوار من الضرر لان صاحب الارض انتفع بمحمة انتفاعا عاديا طبيعيا لاشية عليه . ولكن اذا فرض ورفع صاحب الارض حائطه وهو يرمى بذلك الى مجرد حرمان جاره من مزية النظر الى الخلاء ، جاز للجار المضار المطالبة بتعويض لان صاحب الارض قد تعدى حدود حقه ^(١) أى أسرف فى استعمال حقه ^(٢) لان اقامة الحائط لمجرد مضايقة الجار ليس من الانتفاع العادى فى شيء ^(٣)

وأيد أصحاب هذا الرأى رأيهم بهذا بالاستشهاد بما ورد بالقانون الألماني . والقانون السويدي بشأن نظرية الالتزامات الجوارية . ذلك أن القانون الألماني قرر بالمادة ٩٠٦ ما يأتى : « لا يجوز للمالك العقار أن يشكو من دخول الغاز والابخرة والروائح والدخان والهباب ^(٤) والحرارة والفوضى والاهتزاز ^(٥) وغير ذلك من أمثاله الحاصلة بعقار آخر ، اذا لم يكن من شأنها الاضرار به فباستغلاله لعقاره ، أو اذا كانت نتيجة لاستغلال العقار الآخر فيما اذا كان هذا الاستغلال عاديا ^(٦) بما تدعو الظروف المحلية الخاصة بأمثال هذا العقار . ويظهر من هذا النص أنه يشترط ليس فقط أن يكون الاستعمال غير عادى بل يشترط أيضاً أن يكون الضرر الواقع على شيء ما من الجسامة . والحقيقة أن الشرط الثانى يستحيل الى الشرط الاول . لأنه اذا فرض وكان الضرر قليلا ولم يعبأ به وقتئذ فان ذلك يدل على أن الجوار متصل به حتما اضرار مادية قليلة يجب على الجار تحملها لأنه لا بد منها ولأنه يجوز أن يحدث هو الآخر بجاره مثلها

Abus (٢)

Dépassement (١)

Anormal (٣) . الالتزامات من ٧٠٦ ن ٨٢٤ وما بعدها . ومن أمثلة ذلك أيضاً تربية أرباب الحقول lapin وتسربها في أطيان الغير . د ، ٩١٠ ، ١ ، ٤٦١ — واقامة المصائد

الكبيرة gros gibier د ، ٩١٢ ، ١ ، ٢٣٧

Usage normal (١)

Trépidation (٥)

Suie (٤)

أما القانون السويسرى فقد قرر بالمادتين ٦٨٤ و ٦٨٥ ما قرره المادة ٩٠٠ الألمانية

والقضاء الفرنسى برغم عدم وجود نصوص تحكى هذه النصوص الألمانية السويسرية فإنه يقضى بها مع ذلك اذ ينص « بأن من يحدث بالجار ضرراً يفوق ما يتحمله الجيران عادة من التزامات الجوار فإنه يرتكب خطأً ^(١) ملزماً ستوليته » ^(٢) وقرر أيضاً هذا القضاء أنه « من شأن الجوار أن ينجم عنه مض المضايقات والاضرار العادية التى لا بد منها » ولكن مادام أن الجار لا نعدى هذا النوع من المضايقات فلا يجوز للجيران أن يجهروا بالشكوى والائين. القاضى هو الذى يفصل بين حدود المضايقات المباحة وغير المباحة . وتختلف هذه المضايقات على نوعيها باختلاف الأمكنة الموجودة بها المقارات . اذ بينما صح أن يباح الضرر الحاصل مثلاً فى ضاحية أو فى طريق تجارى ، فلا يباح مثل هذا الضرر اذا كان المقار المضار موجوداً بمكان آخر هادئ أهل بنخبة من موسرى سكان ^(٣)

وود أصحاب هذا المذهب أن يصيبه من التأييد واتساع مجال الأخذ به بما نفق مع مرونته وطبيعته التى تميل الى التوسيع من مجاله . حتى اذا ما أكثر القضاء من الاخذ بهذا المذهب استطاعوا ، عند عدم وجود نصوص مسطورة بالقانون أن يجدوا فيه وسيلة يسدون بها هذا النقص ويضربون بها على أيدي الذين يخرجون

(١) Faute (٢) د ، ١٠٩٠٧ ، ٣٨٥ ومقال Ripert — س ، ١٠٧ ، ١ ، ٧٧ — د ، ١٠٩١٠ ، ١٣٦ — س ، ١٠٩١٠ ، ١ ، ٢٩٦

(٣) د ، ١٠٨٠ ، ٢ ، ٤٩ ومقال capitant — س ، ١٠٩٠٥ ، ٢ ، ٤١ ومقال Appert — انظر أيضاً : د ، ١٠٩١٧ ، ١ ، ٧٩ اذ حاول ملك أرض أن يحدث بأرضه خطأذا أشواك حق طر على جاره صمود ومبوط الطيسارات فى مطاراه الملوك له والجوار لصاحب الحائط ، وحتى لك بكرهه على يده المطار ليلحقه بداره ذات الحائط ، فقضى القضاء بأن صاحب الحائط قد ركب شطط فى حقه وارتكب اثم التمسف فى استعمال الحق . ثم قضى القضاء بهدم الحائط استثنافاً نقضاً : كولين وكابتن ج ١ ص ٧٦٦ هامش ٢

في استعمالهم لحقوق الملكية عن الحدود المألوفة . وعلى ذلك يمكن أن تتكون هناك نظرية قیعة وهي نظرية الاعتساف في استعمال حق الملكية^(١)

على أن هذه النظرية ، نظرية الخروج عن الحق عند استعماله ، وما قطعته في طريق العمل من أشواط بعيدة حتى أصبحت من أمهات علم القانون في الوقت الحاضر ، قد سلقها الناقدون بالسنة حداد وأقاموا حولها ضجة أرادوا بها تغيير تكييفها القانوني . ذاك أن بلانيول^(٢) لاحظ عليها أنه لا يمكن الجمع معاً بين الحق الجائر والحق المحظور ، لأن من يتعدى حقوق الحق فقد أصبح خارجاً عن دائرة الحق فهو حينئذ لا يستعمل الحق . وأنه لذلك لا محل لهذه التسمية^(٣) لأن العقل لا يؤيدها^(٤) .

١٧٤- المذهب الرابع: مذهب مخاطر الملكية^(٥) والمسؤولية السيئ^(٦)

وهي القائلة بالمسؤولية لجرد الملكية بصرف النظر عن حدوث تقصير أو عن عدم حدوثه . ويقول انصارها بأن المفارم يجب أن تقوم بجانب المفام وأنه ليس من العدل أن يفهم المالك في الوقت الذي فيه لا يفهم ورجعوا في ذلك الى العبارة الثانية من الفقرة الاولى للمادة ١٣٨٤ وهي العبارة الخاصة بمسؤولية الانسان عن الاشياء الموجودة في حيازته باعتبار أنها تقرر «مخاطر الملكية»^(٧) أي ضرورة القضاء بالتعويض في جميع الاحوال سواء ثبت التقصير أم لم يثبت . وسواء كان الحادث واقعاً بسبب التقصير أو بسبب قهرى أو جبرى^(٨) وزعيم هذه النظرية في الوقت الحاضر الاستاذ جوسران^(٩) وقال بأن اركانها ثلاثة (١) أن المدعى بالتعويض لا يلزم باثبات خطأ المالك (٢) لا يفلت المالك من المسؤولية عن الضرر الحاصل اذا حاول اثبات عدم

(١) Abus du droit de propriété — كولين وكابتان ص ٢٦٦

(٢) Planiol (٣) Droit abusif (٤) الالتزامات ص ٧٠٠ و ٨١٧

(٥) * Risque (٦) Responsabilité objective

(٧) Risque de propriété (٨) الالتزامات ص ٧٧٧ و ٨٠٠

(٩) Josserand

بصول خطأ أو إهمال من جانبه—(٣) أن المسؤولية المحمل بها هذا المالك اجنبية من الخطأ وهي مسئولية يقرها القانون نفسه^(١) ويرى أن مسئولية المالك من أشياء الجامدة ترجع إلى مخاطر الشيء ذاته ، وأن المسوغ القانوني لهذه المسؤولية ما هو العدالة^(٢) وقاعدة الغرم بالغرم^(٣) :

هذه هي المذاهب الأربعة التي عرضت للكاتبين والقضاء . والمذهب الأول ' يمكن الأخذ به مطلقاً لما بيناه . وأما المذهب الثاني وهو القائل بالمسئولية تقصيرية^(٤) فهو لا يبرر القضاء الذي قضى بتعويض في حالات لم يثبت فيها بصول خطأ^(٥) . لذا فكر فريق بالأخذ بنظرية التعسف في استعمال الحق وبجانب هذا المذهب الأخير بما آخر المذاهب الأربعة وهو مذهب مخاطر الملكية والمسئولية شيئية وقد قام أهل النقد من كل جانب وأخذوا يحصون هذه النظرية إذ حظوا أن أصحابها يفسرون المواد بما لم تقل به المواد . ولكن القضاء أخذ بها ، قليل من أحكامه . وأخذ الشارع أيضاً يؤيدها بتشريعاته^(٦) ، والآن وقد ألمعنا بالمذاهب المختلفة فأياً يمكن حينئذ الأخذ به في العالم صرى : لا بد من الإشارة هنا إلى التشريع وإلى القضاء

٢٥ - أثر المذاهب الأربعة في القانون المصري

١٧٥ - التشريع المصري : رأينا رجال الفقه بفرنسا إنما يعملون على جوع إلى نصوص قانونهم المدني حتى يعثروا على ما يدعم نظرياتهم ويصبغها بصبغة

(١) راجع كتاب جوسران — responsabilité des choses inanimées, p. 74
 جمع كتابنا في الالتزامات من ٧١٢ ن ٧٦٩ وما بعدها — وبلاحظ هنا أن سالي Saleilles
 ، بالمسئولية الشيئية في مخاطر المهنة risque professionnel في رسالته المعروفة Les
 accidents de travail et la responsabilité civile أما جوسران فيرى تعميمها
 ركيزها على أساس عام — الالتزامات من ٧١٢ ن ٧٧٠ في آخرها
 (٢) رسالته السابقة من ١٠٣ (٣) رسالته من ١٠٨
 (٤) Resp. délictuelle (٥) Faute
 (٦) الالتزامات من ٧٠٠ ن ٧٠٨ وما بعدها

تشريعية صحيحة . وانا نحاول هنا أن نتعرف مصادر هذه المذاهب الأربعة في التشريع المصري

فهم المذهب الأول : وهو الخاص بنظرية شبه العقد فإن شبه العقد هذا لم يعقد له باب بالقانون المصري كما عقد له باب خاص بالقانون الفرنسي . ولكن شبه العقد من حيث هو عمل قانوني يرجع فيه الى نظرية السبب والاثراء على حساب الغير بلا سبب ^(١) . وانا لا نستطيع الاخذ بنظرية شبه العقد التي قال بها بوتييه لنفس الاعتراضات التي توجهت اليها من غيرنا

وعن المذهب الثاني : مذهب الجئحة وشبه الجئحة ، والمادة ١٨٢ و ١٨٣ و ١٨٤ مدني فرنسي . نعم ولو انه ورد للمادة ١٣٨٢ شبيهه طبق الاصل بالقانون المصري وهو المادة ١٥١ أهلي . وتقرب منه المادتان ٢١٢ و ٢١٣ مختلط . ولكننا لأنميل الى الاخذ بهذه النظرية لانها لا تفسر الاحكام التي حكمت بتعويض في الاحوال التي لم تثبت فيها حصول خطأ ، مع أن الخطأ هو من أخص أركان المسؤولية التقصيرية ونرى أن الاعتراض عليها من جانب المعارضين السابقين علينا ، اعراض في محله

وعن المذهب الثالث . القائل بنظرية التعسف في استعمال الحق فانه لا يوجد بقانوننا نص صريح بها كما لم يوجد نص بالقانون الفرنسي ، وكما وجد بالقانون الألماني والسويسري . ولكن لهذه النظرية أثر تشريعي ظاهر بقانوننا المصري لا تردد معه في الاخذ بها . هذه الآثار التشريعية بمصر هي : المادة ٣٨/٥٩ مدني التي لا تبيح بفقرتها الثانية لصاحب الحائط هدم حائطه الملاصق لجار له الا عند وجود مسوغ . والمادة ٤٠٤/٤٩٢ مدني الخاصة بالتعويض في حالة اخراج المستخدم في وقت غير لائق والمادة ١١٥/١٢٠ مرافعات الخاصة بالحكم بتعويض في الدواوى الكيدية ، والمادة ١١٨ مرافعات مختلط المعدلة بقانون رقم ٢٣ سنة ١٩١٣ التي جعلت

مصاريف كل الاجراءات التي اتخذت لمجرد التعطيل وعلى الأخص مصاريف الاحكام الغياية على عاتق من تسبب فيها ولو كسب الدعوى في النهاية^(١) ولا نرى الأخذ بهذه النظرية أيضاً لأنها تستحيل في الغالب الى التعرف على نية المتسبب في الضرر فيما اذا كان قد أراد الاضرار فعلاً بخضه أم لا . وفي بعض الاحوال تصعب معرفة ما اذا كان هناك استغلال تعسفي . اذ التمييز بين العاملين ليس بالامر الهين وربما أبهم الأمر فيقع الباحث في حيرة لا مفر منها ولا يمكن معها معرفة التعليل القانوني لحالة الحكم بتعويض لا تعسف فيها . لذا نرغب في الاخذ بالمذهب الرابع

وأما عن المذهب الرابع : وهو مذهب المسئولية الشئئية أو مذهب مخاطر الملكية^(٢) وهو ما قال به جوسران اعتماداً على المادة ١٣٨٤ قيد وجود قرينة قانونية على حصول الخطأ لا تقبل دليلاً عكسياً^(٣) وهذا هو المذهب الذي تقول به تشريعاً وقضاء^(٤)

ولا يفوتنا القول بأن الشريعة الاسلامية قررت بالمادة ٥٧ من مرشد الخيران بالفصل المعقود « لحقوق المعاملات الجوارية » ما يأتي : « للمالك أن يتصرف كيف شاء في خالص ملكه الذي ليس لتغير حق فيه فيعمل حائله ويبنى ما يريد ما لم يكن تصرفه مضراً بالجوار ضرراً فاحشاً » . ثم عرفت الضرر الفاحش بما يأتي : « الضرر الفاحش ما يكون سبباً لو هن البناء أو هدمه أو يمنع الحوائج الاصلية أى المنافع المقصودة من البناء . وأما ما يمنع المنافع التي ليست من الحوائج الاصلية فليس بضرر فاحش » . ثم قررت بالمادة ٦٠ « يزال الضرر الفاحش سواء كان قديماً أو حديثاً »

(١) الالتزامات ص ٧٥٢ ن ٨١٩

(٢) Risque de propriété | (٣) Juris et de jura

(٤) الالتزامات ٧٠٠ — ٧٢٦ ن ٧٥٢ — ٧٨٧

§ ٣ — القضاء المصري ونظرية الالتزامات الجوارية

١٧٦ — يقول القضاء بأن حق الملكية ولو أنه مطلق الا أنه لا يجوز للجار أن يبني حائطا بذاره ويكون من نتائجها أنه اذا بنى الجار أصيب جاره بضرر بسبب فعل المالك^(١) ويقرر القضاء بوجود التزامات جوارية ترجع لحسن الجوار^(٢) وذلك المناسبة أنه اذا أراد الجار أن يهدم بيته عليه اخبار جاره الملاصق له حتى يأخذ حيطته بمصاريف من عنده حتى لا يهدم جداره المرتكز على بيت المالك^(٣) ويحصل اصلاح الضرر اما بالازالة أو عدم الازالة مع الحكم بتعويض^(٤) وأن حق الملكية بمصر، لسبب غموض تعريفه وغموض المسؤولية عند عدم وجود عقد، يجب الرجوع فيه الى ما هو مقرر بالقوانين الاجنبية باعتبار أنه لا يجوز أن يقرر لحق الملكية بمصر اطلاق في الاستعمال أكثر مما قرره هذه القوانين الاجنبية، والى الرجوع الى مذهب أبى حنيفة في أن الحق المطلق للملكية محدود بأن لا يحدث المالك لجاره ضرراً فاحشاً^(٥)، أى أنه يحظر عليه أن يعمل عملاً يحول دون الجار في الانتفاع بملكه بجميع المنافع المعد لها هذا الملك . وانه مع ذلك لا يجوز للجيران التظلم من المضايقات الخفيفة^(٦) التي تنشأ عن مجاورتهم لصناعة مقلقة بالراحة^(٧) لانه مع أنها كذلك الا أنها مفيدة للناس^(٨) وما دام أنه لم يرد قيد لحق الملكية سوى المادة ٣٩/٦١ مدنى الخاصة بالمطلات فانه يجوز للمالك العقارى في القانون المصرى أن ينتفع بعقاره بطريقة مطلقة على شرط

(١) ج ع ١ ص ٢٧٩ ن ٣٥٥٨

(٢) Obligations de bon voisinage ن ٣٥٥٩

(٣) الإنذرة السابقة — ج ع ٢ ص ٣١٠ ن ٣٣١٦ و ٣٣١٧ — ج ع ٣ ص ٤٣٩ ن ٤٦٤١ — و ن ٤٦٤٧ — ٤٦٤٩]

(٤) ج ع ٢ ص ٣١٠ ن ٣٣١٨

(٥) Préjudice grave (٦) Moindres inconvénients

(٧) Industrie incommode

(٨) Intérêts collectifs ج ع ٢ ص ٣١٠ ن ٣٣١٩

أن لا يستخدم حقه استخداماً تعسفياً^(١) وضاراً بحيرانه^(٢) ولا اعتبر عمله هذا عملاً غير مشروع^(٣) وإن هناك طادات محلية بمثابة قانون فيما يتعلق بالجوار^(٤) تقضى بمنع الضرر الفاحش^(٥) وإن حق الملكية مقيد بحق الجيران . وعلى ذلك إذا أحدث المالك بأرضه حفراً^(٦) تسبب عنها نشع^(٧) بأرض الجار وجب عليه اصلاح الضرر^(٨) . وإن كان المالك الذى يبنى ملازماً بأخذ احتياطات^(٩) ازاء جاره حتى يمنع عنه الضرر بقدر ما يمكن ، إلا أنه لا يجوز مع ذلك الزام المالك البانى بالتزامات يترتب عليها اكراهه بأن يقوم من عنده بأعمال تكلفه مصاريف لا يلائم بها^(١٠) كأن يكلف بالابطاء فى البناء ضعف الزمن العادى اللازم للبناء^(١١) وإن حق الملك لا يعتبر بأنه ليس له حد بل يحد حق الملك حق الجار وذلك لحكم الضرورات الاجتماعية^(١٢) فإذا تعارضت هذه الحقوق وجب الأخذ فيها بالعدل والقوانه يجب على من لم يصبه ضرر ما من جاره ان يتقبل عمل جاره هذا . وعلى ذلك يجوز للمالك ان يبيض حائط العقار المتصلة بمحاطته واصلاحها وليس لجاره التضرر من ذلك^(١٣) وإن المسالك الذى يجرى اصلاحات بمقارده قد تسبب عنها تشقق^(١٤) بمقار جاره مسئول عن هذا الضرر اذا لم يثبت بأن هذا التشقق نتيجة حتمية للأعمال التى قام بها ، وانه ما كان فى الامكان منعه وانه قام بالعمل نحو جاره كما يقوم به رب الاسرة المعنى بشؤون^(١٥) وانه استخدم فى الاصلاحات التى أجراها أحدث الوسائل الفنية المعروفة^(١٦) . وإن للقاضى الحرية المطلقة فى التوفيق بين حقوق الجيران تبعاً

- (١) Usage abusif (٢) ج ع ٢ س ٣١٠ ن ٣٣٢٠ و ٣٣٢١ و ٣٣٢٤ —
م ت ق ٣١٠ ، ٣١ ، ٢٥٢ (٣) Acte illicite م ت ق ، ٣١ ، ٢٥٢
(٤) Droit contumie local (٥) ج ع ٢ ن ٣٣٢٣
(٦) Excavations (٧) Infiltrations
(٨) ج ع ٣ س ٤٣٩ ن ٤٤٢ — م ت ق ، ٣١ ، ٢٥٢
(٩) Précautions أو Ménagements (١٠) Sacrifices
(١١) ج ع ٣ س ٤٣٩ ن ٤٤٣ ٤٦٤٣
(١٢) Nécessité sociale (١٣) ج ع ٣ س ٤٤٠ ن ٤٦٤٤ و ٤٦٥٠
(١٤) Fissures (١٥) Un bon prèle de famille
(١٦) ج ع ٣ س ٤٤٠ ن ٤٦٤٦

للظروف مع العمل على التقليل من المضايقات الضرورية^(١) الناشئة عن الجوار .
وعلى ذلك اذا أراد المالك أن ينشئ بملكه آلة أو حلة آلات لتوليد النور وجب
عليه تركيب هذه الآلة بحيث لا يحدث عنها أى ضرر للجيران بسبب الاهتزاز^(٢)
الذى يحصل لعقار الجار من الآلة، وبحيث أن لا يترتب عنها مضايقات ما للجيران^(٣)
أو أن يعمل على الأقل من التقليل من هذه المضايقات بقدر ما يمكن^(٤)

١٧٧ - ومن ذلك كله يتبين ان القضاء المصرى قرر ما يأتى :

(١) اعترف القضاء المصرى بوجود التزامات جوارية ترجع فى أصلها الى حسن
الجوار والى الضرورات الاجتماعية والى ان حق المالك مقيد بحق الجار والى ان
هناك عادات للجوار أصبحت فى حكم القانون

(٢) ان مخالفة هذه الالتزامات الجوارية يعتبر عملاً غير مشروع واستغلالاً
تعميماً للعقار ويترتب على ذلك مسئولية المالك والحكم عليه بالتعويض
(٣) ان للجوار مضايقات حتمية لازمة للاستغلال ويجب على الجيران تحملها
كما انه يجب على المتسبب فى هذه المضايقات أن يعمل على التقليل منها ان لم يعمل
على محو أثرها . ويراد بالمضايقات الجوارية ماخف من الضرر العادى البسيط الذى
يحتمل عادة . فاذا تعدى حد تحمله وقلل من منفعة عقار الجار اعتبر ضرراً فاحشاً
وجبت ازالته

هذه هى المبادئ التى قررها القضاء المصرى . ومنها نرى انه لم يشأ الأخذ
بمذهب شبه العقد . انما أخذ بمذهب نظرية التعسف فى استعمال الحق وجعل سبب
المسئولية العمل غير المشروع^(٥) ولكنه لما كان يأبى الاخذ بنظرية مخاطر
الحرفة^(٦) لعدم وجود قانون بمصر ينحى القانون الفرنسى الصادر فى ابريل سنة ١٨٩٨
والقوانين الاخرى الاجنبية فانه أصر على عدم الاخذ بنظرية مخاطر الملكية

Inconvénients nécessaires (١)

Désagréments (٣) Trépидations (٢)

strict minimum (٤) ج ٣ ص ٤٤٠ ن ٦٥٠

Risque professionnel (٦) Acte illicite (٥)

أصبح في حيرة من أمر تعليل المسؤولية والحكم بالتعويض في المسائل التي لم يتبين بها وجود أثر لنظرية العسف في استعمال الحق . ولذلك طالج أمره بالرجوع الى أصل نظرية الالتزامات الجوارية والى اعتباراتها الاجتماعية والى ان هناك عادات جوار في حكم القانون . واستعان في ذلك بنظرية الضرر الفاحش المقررة بالشرعية لاسلامية دون أن يبين لنا التعليل العلمى العصرى لنظرية الضرر الفاحش ، اذ لم يخرج هذا الضرر في الحقيقة عن نظرية مخاطر الملكية ، في أن يحمل صاحب الملك ما ينجم عن ملكه أخذاً بالمادة ١٣٨٤ مدنى فرنسى على مذهب « جوسران » أو بالمادة ١٣٨٢ على مذهب « سالى » ، باعتبار أن أولى المادتين تكرار لآخرهما . أى أن القضاء لم يفتأ أن يقرر نظرية المسؤولية الشيئية لا بأسلوب جوسران ولا بأسلوب سالى حتى اذا ما غمض عليه التكييف القانونى في أمر التعويض الذى يقضى به رجوع الى الضرر الفاحش بلا تعليل علمى عصرى . على أن نظرية المسؤولية الشيئية نظرية قانونية لها من الوثائق التشريعية والمسوغات الاجتماعية ما يجعلها في مصاف الاصول الاولى في الاوقات الحاضرة . وان كان القضاء المصرى مختلطاً وأهلياً لا زال يظهر من العناد في الأخذ بها انما كان للتطورات الحاضرة بشأن الصناعات أثر في مذهبه حيث بدأت مظاهر المدول عن اصراره السابق تبدو قليلاً جداً في بعض أحكامه كما بينا ذلك بنظرية المسؤولية العامة

٣) الطائفة الثالثة

في القيود التعاقدية أو في شرط عدم التصرف

١٧٨ — الشرط الخاص بعدم جواز التصرف^(١) هو ما يشترطه المالك لشيء من الأشياء على من ينقل اليه ملكية هذا الشيء بأن لا يتصرف فيه لمدة

Clause d'inaliénabilité (١)

معينة أو غير معينة . وهو شرط على ما يظهر مكروه ولا يرمقه لا الشارعون ولا الشارحون بعين الرضاء . على أن الشارع الفرنسي أجاز قبول هذا الشرط في حالتين . وهما اتفاق الزوجين على الأخذ في مشاركة الزواج بالنظام المهرى ^(١) فيصبح المهر مالا مهرى ^(٢) أى لا يجوز التصرف فيه مدة قيام الزوجية لا من جهة الزوج أو الزوجة أو من الاثنين معاً (المواد ١٥٥٤ وما بعدها مدنى فرنسى) والحالة الثانية الاستبدالات المباعة ^(٣) وهى أن يوصى الموصى أباً كان أو أما بشئ يملكه الى ولده أو يتعاقد معه تعاقد هبة عاديا على أن لا يتصرف فى الشئ الموصى به أو الموهوب وأن يسلمه للولد الذى يرزق له أى لولد الموصى اليه والموهوب له (المواد ١٠٤٨ — ١٠٧٤ مدنى فرنسى)

ولا يوجد لهذه المواد الفرنسية مثيل بالقانون المصرى . والسبب فى ذلك أن هذه المواد خاصة بالأحوال الشخصية . ولم يتعرض القانون للأحوال الشخصية الاستفادة من أحكام الشريعة الإسلامية بل ترك الأمر فيها للشريعة الإسلامية بالذات

ولكن حق الايقاف يشبه كثيراً هذا العقد المعقود على شرط عدم التصرف لأن الواقف بحكم الوقف يحظر على المستحق التصرف فى الرقبة لأنها لم تكن له ولم يكن له الا المنفعة فقط . فكأن المملوك هو المنفعة . وأما الرقبة فلا مالك لها . وفى ذلك غرابة لا تخفى

وان كان لا يوجد بالقانون الفرنسى الا هذان النوعان فقط ، الخاصان بالمهر والاستبدال ، حيث أباح فيهما الشارع الفرنسى جواز الأخذ بصحة شرط عدم التصرف . هذا من جهة ، ومن جهة أخرى وان كان لا يوجد بالقانون المصرى مثل هذين النوعين الا ان القضاءين الفرنسى والمصرى قد أخذاً بصحة هذا الشرط فى مسائل أخرى وأجازا العقد المعقود بهذا الشرط . ورجع القضاء الفرنسى الى اعتبارات قانونية بعضها عام وبعضها خاص بالقانون الفرنسى . كما ان القضاء

صرى أخذ بما استقر عليه أخيراً رأى القضاء الفرنسى ، وكان يرجع الى تمحيص لرية الوصية وشرائطها الشرعية ومعرفة ما اذا كان العقد المعتقد على شرط عدم تصرف هو عقد وصية أى تملك الى ما بعد الموت . أو هو عقد عادى ملحق لشرط . اذ فى الحالة الاولى لا يصح العقد بالرجوع الى أحكام الشريعة الاسلامية فى الحالة الثانية يصح العقد أخذاً بما قرره القضاء الفرنسى أخيراً . هذا بمجمل قول فى هذه النظرية . ولها بيان لا بد منه

ان هذا الشرط لا يوجد الا بالعقود الخاصة بالعقارات . ولا فائدة منه مطلقاً :نا تعلق بعقد خاص بمنقول . والحكمة فى ذلك ظاهرة . لان صحة التصرف فى لنقول بالنسبة للغير لا تخضع لاي قيد خارجى من القيود المعروفة بالنسبة للعقارات .تسجيلاتها ، ولأنه يكفى فى انتقال ملكية المنقول الى يد المشتري أن يكون مأثراً له بحسن نية ولو كان المملك له غير مالك . لذا أصبح القول بشأن شرط عدم تصرف مقصوراً على العقارات فقط دون المنقولات

ولقد لوحظ فى مجالات التقاضى بفرنسا ان الافراد شعروا بحاجة الى الاستعانة بشرط عدم التصرف فى غير الاحوال الواردة بالقانون الفرنسى حيث يلجأ الى هذا الشرط الموصى^(١) أو الواهب^(٢) لعقار فيشترط على الموصى اليه أو لموهوب له بأن لا يتصرف فى العقار مدة معينة أو غير معينة . ولقد رفض لبعض الاخذ بصحة هذا الشرط مستنداً الى جملة أسباب قانونية : منها ان حق الملكية حق مطلق وان قيده بعدم التصرف يذهب بأخص أوصافه وهو الاطلاق ومنها ان الافراد لا يملكون بمحض رغبتهم وسلطان ارادتهم أن يقرروا أنواعا جديدة من الحقوق المينية الواردة بالقانون بالمادة ١٩/٤ مدنى ٥٤٣ فرنسى

وقد أضاف خصوم صحة هذا الشرط الى الاسباب القانونية السابقة أسباباً أخرى ترجع الى اعتبارات اقتصادية . اذ قالوا بأن من شأن هذا الشرط والاخذ به أن يجعل العقار فى حالة لا يستطيع معها الانتقال من يد الى يد ، وفى هذا اضرار

بالحركة الاقتصادية العامة ، لان من أهم أسباب رواج الثروة العامة تسهيل تبادل الاشياء في الايدي . ثم أخذوا يشنون الغارة على نظام وقف المقاررات على جهة بر لا تنقطع^(١) . وقال في ذلك أهل الاطلاع الواسع فيهم أنه يجب أن ينتهي العقار والايدي المختلفة تتناولوه الى يد تحسن حاله وتحيد ادارته واستغلاله ، ولا يكون ذلك الا اذا عمل على تسهيل انتقاله من يد الى أخرى . وكانت تأخذ بهم في تقرير هذا الرأي نزعة تحكي ما يعتقد فريقي المنتصرين لمذهب المزاحمة الحرة^(٢) ، اذ في ترك العقار في معترك النزاح الحيوى ما يجعل له أمل الوقوع في يد تعرف كيف تستغله أحسن استغلال

أما الآن وقد أخذت العقول تتحرر شيئاً فشيئاً من أهام هذه النظرية السابقة القائلة بحرية المزاحمة بلا قيد ولا شرط فقد قامت جماعة تقول بأنه بجانب الحقوق المقررة للمزاحمة الحرة ، توجد مصالح مشروعة يجب العناية بها أيضاً . واستندوا في ذلك الى المادة ٥٨١ مرافعات فرنسى والتي نقلها الشارع المصرى بالمادة ٤٣٦/٤٩٨ حيث أجازت هذه المواد صحة الشرط القائل بمدم الحجز على مبالغ موهوبة أو موصى بها وان هذا الشرط انما هو ماس بحق التصرف^(٣) المقرر للموهوب له وهو شرط أراد به الواهب أو الموصى أن يحصى المنتفع بالمال مما يقع منه من اسراف وتبذير يأتى على هذا المال فينفوت الغرض المنشود له^(٤) وكذلك قانون الافدنة الخمسة (قانون سنة ٩١٣ رقم ٤ أهلى وقانون سنة ٩١٢ رقم ٣١ مختلط) فانه يحظر على الدائنين توقيع الحجز على ما صغر من الاملاك الزراعية في أيدي صغار المزارعين ، مع أنه لم يقيد حق المالك في التصرف فيه . واقتنى الشارع المصرى في هذا القانون أثر الشرائع الامريكية بشأن منزل الأسرة^(٥) والقانون الفرنسى بشأن عقار العائلة^(٦) وقيد التصرف فيه بقيود خاصة . وقد أخذ القضاء الفرنسى قبل أن ينصرم القرن التاسع عشر، بصحة الشرط

(١) Biens de mainmorte (٢) Libre concurrence

(٣) Usus (٤) كولين وكابنان ج ١ ص ٦٦٧ (٥) Homstead

(٦) Bien de famille

السابق ذكره واشترط في ذلك قيدين : أولاً أن يكون للموصى أو الواهب مصلحة ظاهرة مشروعة في اشتراط شرط عدم التصرف . وثانياً أن لا يكون الشرط مشروطاً بغير مدة معينة أو للأبد^(١) وبيان ذلك :

١ - قيود صحة شرط التصرف بالقانون الفرنسي

١٧٩ - قلنا ان قيود صحة شرط التصرف اثنان :

الشرط الاول : وجود مصلحة لصاحب العقار : يراد بهذه المصلحة اما مصلحة صاحب العقار الاصلى أو مصلحة للغير ، أو مصلحة من انتقل اليه العقار فاذا جاء البائع لعقار بيعاً وفائياً واشترط على المشتري أن لا يتصرف في العقار في المدة المقررة بالعقد والتي يجوز فيها للبائع استرداد عقاره بعد رد ثمنه والمصاريف الى المشتري صح الشرط . واذا أوصى موص بعقار لشخص على شرط أن يلتزم الموصى اليه بترتيب معاش من اراد هذا العقار لشخص آخر طول حياة هذا الأخير ، وعلى شرط أن لا يتصرف طول حياة الشخص الثالث حتى يضمن بذلك دوام الوفاء بالمرتب الميوى صح الشرط أيضاً . أو أن الموصى نظراً لما يحشاه من تبذير واسراف الموصى اليه فانه يشترط على هذا الأخير أن لا يتصرف في العقار طول حياته . فان وقع ذلك صح الشرط . فاذا وقع هذا الشرط كما رأينا بهذه الصور الثلاثة التي دارت فيها منفعة الشرط على واحد من الثلاثة العاقدين وأجنبي عنهما ، صح الشرط وصح الالتزام وهو الالتزام بعدم القيام بعمل^(٢) وربما تأكدت صحة الشرط اذا لاحظنا في المثل الثانى وهو تقرير مصلحة الاجنبى ، أى تعاقد للغير^(٣) ، أن العقد قد أريد به تقرير التزام بذمة المدين لمصلحة الغير ، الامر الذى تنطبق عليه المادة ١١٢١ مدنى فرنسى والذى يجب الأخذ به مع عدم

(١) ١٥٤، ١، ٥٨، د - س، ٥٨٩، ١، ٥٨، د - ٥٣٣، ١، ٩٠٠، د

س، ٣٤٢، ١، ٩٠٠، س

Oblig. de ne pas faire (٢) Stipulation pour autrui (٣)

وجود مادة بالقانون المصرى تشبه هذه المادة^(١)

الشرط الثانى : أنه لا يكون له المبرر أو لمدة غير معينة : أما كون الشرط غير صحيح اذا كان معقوداً للأبد فعدم صحته راجع الى نفس الشرط الاول . ذلك لانه من المقرر أن الالتزامات الشخصية التزامات وقتية بطبيعتها . والموهوب له أو الموصى اليه انما يلتزم بهذا الشرط بأن لا يتصرف الى الابد . فالتزامه هذا التزام شخصى . وما دام انه التزام مؤبد فهو باطل . وجرى القضاء الفرنسى على الحاق الشرط بغير مدة معينة بالشرط المؤبد . وألحق به أيضاً الشرط لمدة طويلة ولم يبين بطريقة واضحة قاطعة متى يعتبر الشرط لمدة طويلة أو قصيرة ، وما هى تلك المدة وما هى أوقاتها . فاذا أوصى الموصى بمنفعة عقار لمنفعة^(٢) واشترط عدم التصرف فى حق المنفعة هذا طول مدة الانتفاع ، فهل يصح هذا الشرط أم لا يصح ؟ أجاب على ذلك القضاء برأىين متعارضين من دائرتين لمحكمة واحدة فى مسافة وجيزة اذ قرر أحدهما صحة الشرط ، وقرر الآخر عدم صحته^(٣)

٢ - جزاء شرط عدم التصرف

أو ما يترتب على مخالفته بالقانون الفرنسى

١٨٠ - اذا خالف الموصى اليه أو الموهوب له أو المشتري شرط عدم التصرف فى العقار بأن تصرف فيه بأحد أنواع التصرفات الشرعية بيعاً أو رهناً أو غير ذلك فما هو حق الموصى أو الواهب ازاء هذه المخالفة ؟ قرر القضاء الفرنسى زمناً بأن للمالك الاصلى حق رفع دعوى فسخ البيع أو الهبة^(٤) بسبب عدم احترام من تماقد معه للشرط المقيد للعقد . ولكن ربما كان من شأن هذه الدعوى أن تكون

(١) الالتزامات من ١٧٤ نبذة ١٨٥ وما بعدها (٢) Legs d'usufruit

(٣) د ، ٢٠٢ ، ٨٩ ، ومقال بتوقيع L. S. — س ، ٩٠٤ ، ٩ ، ٢٠٢ — س ،

٩٠٤ ، ٢ ، ٢٠١ — ومقال Tissier — كواين وكابتان ج ١ ص ٧٦٨

(٤) Action en résolution

على تقيض ما يرمى اليه صاحب العقار الاصلى لانه كان مدفوعاً في تنازله عن العقار الى المتعاقد معه بدافع الرغبة في النفع له وايصال المنفعة اليه . وما دماه الى وضع مثل هذا الشرط بالعقد الا هذا الباعث حتى يكون ذلك ذريعة في استبقاء العقار تحت يد من تعاقد معه وحتى لا يفوت هذا الأخير ما يمكن أن يستفيد من استغلاله والانتفاع به . وعلى ذلك إذا أبيع لصاحب العقار الاصلى حق مقاضاة من تعاقد معه ونزع العقار من يده بسبب تصرفه فيه فقد فات الغرض المقصود مما رعى اليه صاحب العقار في بقاء المنفعة بيد من أراد أن يصله بصلة من عنده . لذا تحول القضاء الفرنسي عن هذا الرأي واتخذ رأياً آخر . اذ أباح هذه المرة جواز رفع الدعوى فقط ضد من حصل اليه التصرف من الموهوب اليه ليطلب فيها صاحب العقار الاصلى ابطال ذلك التصرف ^(١) فاذا كان العقد الاول عقد هبة وتصرف الموهوب له في العقار الموهوب كان من اللازم على من تعاقد مع الموهوب له أن يطلع على عقد الهبة الذي لا ينفذ الا اذا كان مسجلاً ومن اطلعه عليه بسجلات التسجيل يستطيع الوقوف حينئذ على هذا الشرط القاضى بعدم التصرف فلا يقبل على التعاقد مع الموهوب اليه . ولكن محل الخطر فيما اذا كان الشرط وارداً بوصية لان الوصية لا تخضع للتسجيل ولذا لا يعلم من يتعاقد مع الموصى اليه بحقيقة ما أحاط بالوصية من شروط لا يعلم بها فاذا تعاقد وهو يجهل ما اشترطته الوصية من شرط عدم التصرف ، أى تعاقد وهو حسن النية ، فلا بد من ابطال العقد ^(٢)

أما وقد استقر القضاء على الاخذ بدعوى الغاء التصرف الحاصل من الموهوب اليه الى الغير فانه يجب الآن بحث المسائل الثلاثة الآتية

١٨١ - المسئلة الاولى : كيف يمكن تبرير دعوى الالغاء هذه ؟

ما هو التعليل القانوني لقبول هذه الدعوى دعوى الالغاء ؟ لعل أحسن تعليل

(١) Action en unilite ٥٨ ، ١ ، ١٥٤ — س ، ٥٨ ، ١ ، ٥٨٩

(٢) Rev. trim. de dv. cir. 1907, p. 360 — كولن وكابتنان ج ١ ص ٧٦٩

لها ما قاله « بارتين » ^(١) فى كتابه المعروف ^(٢) هو أنه يجوز للدائن فى الالتزام بالامتناع عن عمل أن يطلب فى دعوى يرفعها أمام القضاء الغاء ما عمل مخالفاً لهذا الالتزام أخذاً بالمادة ١١٤٣ مدنى فرنسى ، وذلك بدلا من أن يطلب التعويض المنوّه عنه بالمادة ١١٤٣ مدنى فرنسى ، ما دام أن حصوله على حقه ليس مستحيلا بعد المخالفة . وعلى ذلك يتحقق الغرض الذى يرمى اليه صاحب الدعوى من أنه أراد بعقده أن يصل الموهوب اليه بصفة تدر له غلته وأن يستبقى لديه ثمنها . فاذا رفعت دعوى الغاء التصرف عاد العقار الى مال الموهوب اليه وعادت له منفعة منه وبذلك يتحقق ما رعى اليه الواهب من هبته

أما المادة ١١٤٣ مدنى فرنسى فنصها ما يأتى : « على أن للدائن الحق فى طلب الغاء ما حصل مخالفاً للتعهد . ويجوز له أن يطلب الى القضاء أن يقوم هو بإزالة المخالفة بمصاريف يلتزم بها المدين مع حفظ حقه فى التعويض » وهى تقرر قاعدة عامة يقرب منها كثيرًا النص المصرى وهو المادة ١١٧ / ١٧٤ مدنى ^(٣) وما دام الأمر كذلك يجب الأخذ بها أيضاً بالقانون المصرى ما دام الاصل فى تنفيذ العقود أن يلتزم المدين بالوفاء جنساً وعيناً . ولا محل للتعويض الا اذا استحال الوفاء الجنسى العيني . وما دام أنه من المستطاع فى حالتنا هذه تصحيح ماخالفه الموهوب له وجب حينئذ قبول دعوى الالغاء ورد العقار الى حظيرة الموهوب اليه

١٨٢ - المسئلة الثانية : من هو المدعى فى دعوى الالغاء : اذا كان شرط عدم التصرف مشروطا لمصلحة صاحب العقار الاصلى أو لمصلحة الغير جاز لهذين الاخيرين حق رفع الدعوى لا محالة . ولكن ما القول فيما اذا كان الشرط وارداً بالعقد لمصلحة الموهوب له لما كان يخافه صاحب العقار من تبذير وسفه هذا الأخير ؟ فان قلنا بأن للموهوب له حق رفع الدعوى لدفعها المشتري قبله بطلب

(١) Bartin (٢) Théorie des conditions impossibles et illicites

(٣) الالتزامات ص ٢٦٦ ن ٢٨٠ وما بعدها

رد الثمن الذي تقاضاه منه ، فإذا لم يرد الثمن جاز للمشتري حبس العقار تحت يده حتى يستولى على مبلغه ، أو يدفع المشتري الدعوى بهذا الدفع المعروف « من سعى في نقض ما تم من جهته فسميه مردود عليه »^(١) وحينئذ ترفض دعواه . لذا لا بد من أن صاحب العقار الاصلى هو الذى يرفع الدعوى قبل المشتري من الموهوب له حتى لا يفاجئه المشتري بأحد هذين الدفيعين . وكما يجوز لصاحب العقار الاصلى حق رفع دعوى الالغاء فكذلك يجوز لورثته هو رفعها أيضاً . ورفع الدعوى من قبل صاحب العقار الاصلى يتفق مع المادة ١١٤٣ ومع القواعد العامة^(٢)

أما رفع الدعوى من قبل صاحب العقار فالامر ظاهر . وكذلك اذا رفعت من وصى المتوفى المختار^(٣) وهما كان جائزاً للمورث في حياته فهو جائز أيضاً لورثته بعد مماته فيما يتعلق بالمسائل المالية . فكان يجب حينئذ الحكم بقبول دعوى الالغاء المرفوعة من الوارث ما دام أن القضاء الفرنسى قد قبل الدعوى المرفوعة من وصى المتوفى المختار . ولكن القضاء الفرنسى لم يقبل من الوارث رفع هذه الدعوى^(٤) وحجته ان في قبول الدعوى معنى ان للوارث وصاية غير قانونية على الموهوب له^(٥) وهى وصاية غير مقبولة لان القانون لم يقل بها . وربما تصح وجهة النظر هذه لدى القضاء الفرنسى فيما اذا نظرنا الى طلب الالغاء لا باعتباره طلباً مالياً صرفاً بل طلباً تعالوه مسحة الشعور والاحساس . ولا يمكن تقدير هذا الاحساس الا بمعرفة صاحبه . أما وقد مات صاحبه فقد زال معه ميزان التقدير فلا محل لقبول الدعوى على هذا الاعتبار . وربما كان ذلك هو المعنى المقصود من الوصاية غير القانونية التى يقول بها القضاء الفرنسى . ولكن اذا صححت وجهة

(١) المادة ١٠٠ من المجلد ج ١ ص ٥٣ من وضع سليم بن رستم طبعة بيروت سنة ١٨٨٨

(٢) كولين وكابتان ج ١ ص ٧٦٩

(٣) Exécuteur testamentaire ، د ٩٠٤ ، ٣٥٦ — س ، ٩٠٢ ، ١ ، ٤٨٤

(٤) د ٩٠٣ ، ١ ، ٣٣٧ ومقال بلانيول ، س ، ٩٠٤ ، ١ ، ٢٢٥ ومقال Tissier

(٥) Tutelle extra-légale

النظر هذه بالنسبة للوارث فهي تصح أيضاً بالنسبة للوصى المختار . ومع ذلك أباح القضاء الفرنسى دعوى هذا الأخير ولم يحبسها للوارث ، وهذا هو محل الاعتراض

١٨٣ - المستر الثالث : اذا مضت المدة المضروبة على الموهوب له بعدم التصرف فى العقار فهل يحظر على دائئيه أن يتقاضوا ديونهم من هذا العقار اذا كانت ديونهم قد تقررث اثناء المدة المضروبة ؟ أجب النقض الفرنسى بالإيجاب وحجته أن هذا الشرط لا يكون له من الأثر فى حماية الموهوب له وتأكيد المنفعة لديه الا اذا كان من نتائجه افلات العقار من هجمات الدائئين افلاتاً دائماً بحيث لا يصلون اليه لا وقت الزمن بالحجر على الموهوب له فى عدم التصرف أى وقت قيام الشرط . ولا بعد رفع الحجر عنه . وذلك لان الدائئين عند ما تقررث ديونهم وقت قيام الحجر يعلمون أن العقار ليس ضامناً لديونهم لوجود شرط عدم التصرف^(١)

٣ - القانون المصرى وشرط عدم التصرف

١٨٤ - زى ضرورة التكلم على شرط عدم التصرف من الوجهة التشريعية ومن الوجهة القضائية

١ - شرط عدم التصرف والتشريع المصرى

١٨٥ - المصادر المعمول عليها فى التشريع المصرى هى الشريعة الاسلامية وقانون نابليون ثم القضاء والفقهاء الفرنسيين

١٨٦ - ١ - الشريعة الاسلامية : ورد بالمادة ٢٢٧ من مرشد الخيران ما يأتى : « الشرط الذى يقتضيه العقد أو يلائمه ويؤكد ، وجبه جائز معتبر فيصح اقتران العقد به وكذلك يعتبر الشرط المتعارف الذى جرت به عادة البلد وتقرر فى المعاملات بين التجار وأرباب المصانع » ويرى فقهاء الشريعة تقسيم الشرط الى ثلاثة أقسام صحيح مفيد وفاسد ولاغ ، فالصحيح ما كان من مقتضيات العقد كشرط نقد الثمن ، أو ليس من مقتضياته ولكن يلائمه ويؤكد وجبه كشرط

أخذ كفيل ، أو لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولكن جرى العرف به كحياكة الثوب بشكل خاص ، أو لا يقتضيه العرف ولكن قرر الشارع جوازه كشرط الخيار في البيع . هذه الصور المختلفة هي صور الشرط الصحيح والالتزام بها صحيح^(١) والشرط اللاغى يعتبر كالمعدوم ويصح به العقد . وأما الشرط الفاسد فانه يؤثر على بعض العقود ولا يؤثر في البعض . ويؤثر في كل ما كان مبادلة مالا بمال كالبيع والايجار اذ يفسد الشرط ويفسد معه العقد ولا يؤثر في مبادلة المال بغيره كمقد التبرع أى الهبة ، وكعزل الوكيل اذ يلغى الشرط ولا يفسد العقد^(٢) وقررت أولاها ما يأتى : « الشرط الذى لا يكون من مقتضيات العقد ولوازمه ولا مما يؤكد موجهه ولا جرى به العرف وكان به تقع لأحد العاقدين أو لآدمى غيرهما فهو فاسد — والشرط الذى لا تقع فيه لأحد العاقدين ولا لآدمى غيرهما فهو لغو غير معتبر والعقد الذى يكون مقرونا به صحيح » وبناء على هذه المادة يعتبر الشرط فاسداً ومعه فساد العقد اذا انصب على مقتضيات العقد ولوازمه وعلى مما يؤكد موجهه ولم يجر به عرف وكان الشرط فى مصاحبة أحد العاقدين أو لمصلحة أجنبى عنهما . والسبب فى شرعية التحريم افضاء الشرط الى الربا أو الى المنازعة كما يقول بذلك أبو حنيفة . ولقد خالفه فى ذلك مالك^(٣) اذ قرر بأن ابن رشد قسم الشرط فى البيع الى أربعة أقسام : (١) شرط ما يقتضيه العقد كتسليم المبيع ، وما لا يقتضيه ولا ينافيه ، حيث لا ضرر ولا فساد منه للشئ كاستبقاء البائع حق سكن المبيع سنة ، مثل هذا الشرط صحيح — (٢) ما يؤول الى الاخلال بشرط من شروط صحة البيع كشرط تأجيل الثمن الى أجل مجهول . مثل هذا الشرط فاسخ للعقد — (٣) الشرط الذى ينافى مقتضى البيع كشرط أن لا

(١) شرح مرشد الحيران لزيد بك وسلامة بك ج ١ ص ١٩٩ الطبعة الاولى سنة ١٩٠٨
(٢) ص ٢٠١ من الكتاب المذكور — انظر المواد ٢٢٨ و ٢٢٩ و ٢٣٠ من مرشد الحيران . والمادة ٢٣٠ تشبه تماماً المادة ٩٠٠ مدنى فرنسى وبرغم عدم وجود مثيل لهما بالقانون المدنى فانه يجب الاخذ بهما — الالتزامات ص ٥٦١ ن ٥٨٦ وما يندما
(٣) كتاب منح الخليل ج ٢ . نمرة ٥٧٢

يبيع السلعة ولا يهبها . والمشهور في هذا النوع فسخه مادام البائع متمسكا بشرطه فإن تركه صح البيع — (٤) شرط غير صحيح إلا أنه ضعيف لا يخل بالثمن فيصح البيع ويلغى الشرط كشرط عدم ضمان العهدة ، أي شرط عدم ضمان الصفقة^(١) وورد بالجملة بالمادة ١٨٩^(٢) ما يأتي: «البيع بشرط ليس فيه نفع لاحد العاقلين يصح والشرط لغو . مثلاً يبيع الحيوان على أن لا يبيعه المشتري لآخر أو على شرط أن يرسله في المرعى ، صحيح والشرط لغو »

وورد في شرح هذه المادة بالجملة المذكورة^(٣) ما يأتي : « وكذا كل شرط فيه نفع لمبيع ليس من أهل الاستحقاق كبيع الدابة بشرط أن لا يركبها المشتري فالمبيع صحيح والشرط لغو^(٤) . وكذا لو شرط في البيع نفعاً على أجنبي كما اذا باعه شيئاً بشرط أن يقرضه فلان عشرة دراهم فالمبيع صحيح والشرط لغو . وأما اذا شرطاً النفع لأجنبي كما اذا باع داراً بشرط أن يسكنها فلان فالمبيع فاسد . وبه جزم في الفتح . واختار القهستاني وصاحبها الهداية والوقاية جواز البيع وبطلان الشرط . وبه جزم في الخانية . والحاصل انهما قولان في المذهب . رد مختار . اهـ »

ونخرج من هذه النصوص وشرحها أن الشرط غير المتعلق بمقتضيات العقد وكان فيه نفع لاحد العاقلين أو لأجنبي عنهما شرط فاسد أي يفسد الشرط ويفسد معه العقد . واذا كان هذا الشرط متعلقاً بما جرى عليه العرف فهو صحيح أي أن العرف يصحح الفاسد أو أن الفاسد يصبح بالعرف غير فاسد . فالعبرة حينئذ بالعرف . واذا انتفى النفع عن العاقلين وعن الأجنبي عنهما اعتبر الشرط لغواً والعقد صحيحاً . ورأينا ابن رشد يقول في الحالة الثالثة بأن الشرط الذي ينافي بمقتضى البيع كشرط أن لا يبيع السلعة ولا يهبها شرط فاسخ . إلا اذا تركه البائع . ولعل ابن رشد لم ينس هنا ما قرره أبو حنيفة في أن العبرة أيضاً بالعرف والعادة أي اذا جرى الناس في أحوالهم المعاشية على أن يشترطوا مثل هذا

(١) شرح مرشد الحيران ص ٢٠٢ (٢) ج ١ ص ٧٦

(٤) كتاب التنوير

(٣) ص ٧٦

الشرط في عقودهم صبح الشرط وصبح تعاقدهم على هذا النحو . وتريد نحن هنا بالعرف ، العرف المشروع أى الذى لا يتعارض مع المصلحة العامة ولا ينقض النظام العام بالمعنى المعروف في أزماننا الحاضرة . فإذا سار بعض الافراد على منهج من المناهج واعتادوا عليه وكان ضاراً بمصلحة المجموع وجبت ازالة الضرر مهما طال الزمن . وتأخذ ذلك من طريق القياس بما قررته المادة ٥٤ من مرشد الخيران اذ تقول « اذا كان لدار مسيل قدر في الطريق الخاص وكان مضرراً بأهله يرفع ضرره ولو كان قديماً ولا يعتبر قدمه »

أى أن الشريعة الإسلامية ، وان كانت قوت فساد الشرط وفساد عقد البيع فيما اذا انصب الشرط على غير مقتضيات العقد وكان فيه نفع لأحد العاقدين أو لآدمى غيرهما ، الا أنها جعلت للعرف أحكاماً تذهب بهذه المحظورات . والعرف كما بينا هو العرف المشروع . بمعنى انه اذا تعلق بشرط يخالف العرف ، أى النظام العام أو العوائد الحسنة ، اعتبر الشرط والعقد باطلين شرطاً ، وباطلين قانوناً أيضاً بمقتضى القوانين الوضعية الحاضرة ، طبقاً للمادة ٢٨ من لائحة انشاء المحاكم الاهلية والمادة ٦ من القانون المدنى المختلط ^(١) . هذا العرف المشروع هو الذى عول عليه القضاء الفرنسى كما مر بنا ، وكما سيمر عند مائدى نحن فيما بعد بالتدليل على القانونى المحض لنظرية شرط عدم التعرف بالقانون المصرى

هذا هو حكم الشريعة فيما يتعلق بالعقود الخاصة بمبادلة مال بمال كالبيع والايجار ، أو الخاصة بمبادلة مال بغيره كالهبة والتنازل عن التوكيل

١٨٧ - وقد يقع شيء كثير من التشابه بين عقد البيع المعلق على شرط والذى يحصل بين المورث قبل وفاته وبين الوصية التى تصدر منه في حياته لتنفيذ بعد وفاته . فالبيع بشرط توقيفى أو فاسخ هو تملك للمشتري بما فيه تجريد للبائع من ملكه . وأثر الشرط فيه انما ينحصر في الوقت الذى تنتقل فيه الملكية . فتنتقل الملكية في الشرط التوقيفى من يوم تحقق الشرط . وتنتقل في الشرط الفاسخ من

يوم انعقاد العقد ، مع ملاحظة ضرورة تسجيل العقد طبقا لقانون سنة ٩٢٣ رقم ١٨ لان الملكية لا تنتقل في الحالتين الا من تاريخ التسجيل سواء كان الشرط توقيفياً أو فاسخاً ، ولا تنتقل من تاريخ العقد

أما الوصية فهي عليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع (المادة ٥٣٠ من مرشد الحيران) فالملكية فيها لا تنتقل بالتسجيل انما تنتقل بعقد الوصية وتاريخ انتقالها هو تاريخ وفاة الموصى . والوصية لا تجوز للوارث (المادة ٥٣٦ من مرشد الحيران) الا اذا أجازها الورثة الآخرون بعد موت الموصى وهم من أهل التبرع . ويعتبر كونه وارثاً أو غير وارث وقت موت الموصى لا وقت الوصية . وتجوز الوصية بالثلث للاجنبي غير الوارث عند عدم المانع من غير اجازة الورثة . ولا تجوز بما زاد على الثلث الا اذا أجازها الورثة بعد موت الموصى وهم من أهل التبرع ولا عبرة باجازتهم في حال حياتهم (المادة ٥٣٧ مرشد الحيران)

هذا هو البيع وهذه هي الوصية . وقلنا بأن الشبهة يحصل أحياناً بينهما فيتخاضم أولو الشأن فيهما ويطلبون الى القضاء الفصل فيما اذا كان العقد عقد بيع أو عقد وصية . وتحصل الخصومة بين الورثة أنفسهم أو بين الورثة والاجنبي عنهم . فالمشتري يدعى ان عقده عقد بيع . والوارث يدعى أنه وصية . فان كان ييماً نفذ بشرطه المعلق به توقيفاً كان أو فاسخاً . وان كان وصية فتبطل اذا كان الموصى اليه وارثاً أو تبطل فيما عدا ثلث التركة ان كان الموصى اليه أجنبياً

والحد الفاصل في قطع ما يقوم من الشبهة بشأن العقد المشكوك فيه ان كان ييماً أو وصية هو الرجوع الى ما قررناه في أن البيع تمليك حالى ولو كان معلقاً على شرط تحقق الوفاة . وأما الوصية فهي تمليك مؤجل لا حالى ويحصل التملك يوم الوفاة . وقد يدق الفصل بين البيع المعلق على شرط وفاة البائع ، وبين الوصية . ويجب الرجوع الى ظروف الدعوى لمعرفة ما اذا كان التملك قد حصل فعلاً وحالاً بالعقد ذاته وانما تعلق به شروط تختص باستغلال العقار أو عدم التصرف فيه أو ترتيب معاش حيوى طول حياة البائع ، فهو بيع . وان حصل العقد ولكن

ظهر من ظروفه أن التملك لم يحصل وقت وجوده بل كان التملك معلقاً على وقت حصول الوفاة ، اعتبر العقد وصية ولا محالة . فان كان الموصى اليه وارثاً بطلت الوصية الا اذا أجازها الورثة بالشروط المقررة بالمادة ٥٣٦ . وان كان أجنبياً نفذت في ثلث التركة دون اجازتهم . وتنفذ بأكلها اذا أجازوها . وذلك طبقاً للمادة ٥٣٧ كما رأينا

١٨٨ - ٢ - القانون والقضاء والفقه بفرنسا : هذا هو المصدر الثاني للتشريع المصرى . ووضع القانون المختلط المحامى الفرنسى « مونورى » سنة ١٨٧٥ ووضع القانون الاهلى القاضى الايطالى « موريونديو » أخذاً عن القانون المختلط : وصمدته الاثنين القانون الفرنسى ، وقضاؤه وفقهه فيما لم يقرره قانون نابليون . ولقد وضع القانون المصرى مختلطاً وأهلياً وهو خلو من أشباه المواد ١٥٥٤ وما بعدها (الخاصة بالمهر بفرنسا) و١٠٤٨ وما بعدها (الخاصة بالاستبدالات المباحة) وسبب هذا الخلط كما قررنا أن هذه المواد وقف على نظام خاص بالاحوال الفرنسية ولا شأن للشارع المصرى المدنى أن يشرع فى الاحوال الشخصية التى تكفلت بها الشريعة الاسلامية

هذا من حيث التشريع الفرنسى . أما من حيث القضاء الفرنسى والفقه بفرنسا فقد رأينا أن جانباً من الشارحين أبى الاخذ بصحة شرط عدم التصرف وخالفه فى ذلك جانب آخر . واستقر الرأى القضائى والفقهى بفرنسا قبل سن القانون المختلط سنة ١٨٧٥ على صحة هذا الشرط بقيدين . وهما أن تكون هناك مصلحة للعاقدين أو لاجنبى عنهما ، وأن يكون تحريم التصرف وقتياً لا مؤبداً . فلو كان الشارع المصرى قد أراد مجازاة الرأى القديم الفرنسى فى عدم الاخذ بشرط عدم التصرف بطريقة مطلقة لما تردد فى النص عليه . أما وقد ترك هذا الرأى القديم فى الوقت الذى قضى فيه القضاء الفرنسى بعكسه ، فهذا يدل على أن الشارع المصرى أراد أن يترك أمر التقدير للقضاء حتى لا يقع فيما يحتمل أن

يتعارض مع أحكام الشريعة الاسلامية فيما يتعلق بالوصية وغيرها مما قررناه هنا
 وإذا كان الشارع المصري نفسه يقرر بأنه عند عدم النص يجب الاخذ
 بالعدالة والقانون الطبيعي (المواد ٢٩ / ٣٤ من لأئحتي المحاكم الاهلية والمختلطة
 والمادة ١١ مدني مختلط)^(١) فإن أكبر مظهر للعدالة ما استقر عليه رأى القضاء
 الفرنسي فيما لا يتعارض مع القانون المصري بالطريقة التي سنبينها فيما بعد
 انهمنا الآن من شرط عدم التصرف والشرائع المصرية . ولنتكلم حينئذ
 على نظرية هذا الشرط والقضاء المصري

ب - شرط عدم التصرف

والقضاء المصري

١٨٩ - رأينا عندما تكلمنا على المصدر التشريعي للقانون المصري ، وهو
 المصدر الخاص بالشريعة الاسلامية ، ان الشبه يدق أحياناً بين عقد البيع المعلق
 على شرط وبين الوصية . وقلنا بأنه للفصل بين النوعين ومعرفة أية الصفتين تعطى
 للعقد صفة البيع أو صفة الوصية يجب الرجوع الى معرفة نية المتعاقدين ، أو
 نية المورث بصفته بائعاً أو موصياً ، لمعرفة أثر العقد في انتقال الملكية وقت
 انتقالها . . فإن دل العقد على أن الملكية انتقلت في الحال ، ولو أنها تعلقت على
 شرط من الشروط التوقيفية أو الفاسخة فيما يتعلق بالاستغلال وكيفية التصرف
 وتقرير التزامات بذمة المشتري كالتزامه بترتيب مرتب حيوى طول حياة البائع
 طبقاً للمادة ٤٧٩ / ٥٨٣ مدني ، ان دل العقد على ذلك اعتبر عقداً بيع نافذ يأخذ
 حكم البيع وتشمى عليه أصوله وقواعده . وأما اذا كانت الملكية لم تنتقل بقدر
 بالعقد ، إنما أوقف التمليك الى وفاة المملك ، وجب اعتبار العقد وصية فتأخذ
 حينئذ أحكام الوصية المقررة بالمواد ٥٣٠ و ٥٣٦ و ٧٣٧ من مرشد الحيران

(١) الالتزامات ص ٢٥ ن ١٢ وما بعدها

هذه القاعدة التي قررناها هي بعينها التي ارتكز اليها القضاء كلما عرضت له مسألة من هذه المسائل ومهما تنوعت أشكالها . وتنقسم المسائل هذه على حسب ما نرى الى طائفتين . طائفة يكون فيها عقد واحد وطائفة يكون فيها عقدان : عقد بالتملك ثم عقد بتقييد هذا التملك

١٩٠ - الطائفة الأولى : طائفة عقد واحد : أى يحصل التملك ويؤد التملك بعقد واحد . فإذا باع شخص عقاراً الى ورثته وتنازل لهم عن الثمن بالعقد ثم احتفظ بالملكية ووضع اليد لنفسه خاصة طول حياته ، وان الملكية لا تؤول الى المشتري الا عند وفاته ، أعتبر العقد حتماً وصية ^(١) لان التملك فيه موقوف على وفاة البائع . وعلى ذلك يجب ابطال العقد لأنه صادر الى وارث ، ولا وصية لوارث كما هو معلوم

هذا فيما اذا كان التملك هو نفسه وبالذات معلقاً على وفاة البائع . أما اذا حصل التملك في الحال ووقع القيد فقط في وضع اليد والانتفاع فان العقد يعتبر عقد بيع لا وصية . والبيع صحيح حتى ولو ثبت عسر المشتري وعدم قدرته في دفع الثمن ما دام العقد صريحاً في تقاضى البائع الثمن من المشتري . ولا يعتبر العقد في هذه الحالة هبة لا بد فيه من الرسمية طبقاً للمادة ٤٨/٧٠ مذي ^(٢) . واذا اشترط بالعقد نفسه على المشتري أن لا يتصرف في العين المباعة طول حياة البائع فان العقد لا ينقلب بذلك الى وصية لان القيد هنا منصب على حق الملكية لاعلى التملك الذي حصل وتم بالعقد . وليس هناك ما يمنع البائع من أن يحتفظ لنفسه بحق الانتفاع طول حياته ما دام ان الملكية قد انتقلت فعلاً بالعقد ^(٣)

(١) حكم استثنائي طنطا ٧ ديسمبر سنة ٩٠٧ م ر ١١ ، ١٢٥ عدد ٤٥

(٢) قارن عكس ذلك استئناف ٢٢ يناير سنة ٩٢٣ الحاماة ٣ ص ١٦٢ عدد ١٠٨ - اذ

اعتبر التأجيل في وضع اليد تأجيلاً لتملك وهذا غير صحيح

(٣) استئناف ٢٠ يناير سنة ٩٢٣ الحاماة ٣ ص ١٦٢ عدد ١٠٩

١٩١ - الطائفة الثانية : طائفة عقربين : وهو الغالب وقوعه اذ يتصرف المالك في عقاره بعقد ويسلم العقد لمن تعاقده معه . ثم يأخذ على هذا الاخير كتابة يشترط فيها على نفسه بالتزامات يتعهد بالقيام بها نحو المالك الاصلى للعقار . وسواء اعتبرت الورقة الثانية ورقة ضد أم لم تعتبر فانه يجب تفسير العقدين تفسيراً متلازماً ينم الواحد منهما على الآخر باعتبارهما كلا واحداً غير قابل للتجزئة فيما يتعلق بتقرير الحق^(١) فاذا وقع التملك بالعقد الاول ثم تأجل الانتفاع بالعقد الثاني وجب اعتبار العقد الاول بيعاً لا وصية^(٢) واذا باع والد لاولاده أطياناً وسلمها لهم وقرر قبض الثمن وحق نقل التكليف عليهم ودفع الضرائب عنهم . ثم أخذ عليهم عقداً بعد ذلك على أنهم ممنوعون من التصرف في الاطيان طول حياة والدهم وانه يتصرف وحده في ريع الاطيان مادامومه في معيشة واحدة ، بحيث اذا اختصوا بمزرع الأرض أخرجوا عن المعيشة الواحدة التزموا له بدفع مبلغ معين ما دام على قيد الحياة . اذا حصل ذلك اعتبر العقد الاول عقد بيع ناقل للملكية في الحال . واعتبر العقد الثاني تنازلاً عن حق الانتفاع أو ترتيب ايراد مقيد بمدة الحياة طبقاً للمادة ٤٧٩/٥٨٣ مدي . وفي تفسير العقدين معاً لا يعتبران في مجموعهما وصية لان التملك تم في حال انعقاد العقد الاول ، وتقيدت المنفعة فقط بالعقد الثاني^(٣) . ويعتبر العقد عقد بيع لا وصية اذا احتفظ البائع بحق الانتفاع وملك المشتري حق الرقبة ، لان الوصية تجعل الرقبة والمنفعة بيد الموصى

(١) منوف الجزئية في ٢٥ نوفمبر سنة ٩١٦ الشرائع ٤ ص ١٢٦ عدد ٤١

(٢) عكس ذلك الركاظيق الابتدائية في ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ١ ر ١ ، ١١ ص ١٣٢ عدد ٤٧ ، اذ اعتبر أن التأجيل في وضع اليد بمثابة تأجيل في التملك وهو قول غير صائب — وكان البائع قد اشترط قيام المشتري بخدمته طول حياته فثبت عدم قيامه بهذا الالتزام

(٣) استئناف ٢٣ فبراير سنة ٩١١ م ١ ر ١٢ ، ١٥٣ عدد ٨٢ — استئناف ٢٩ مارس سنة ٩١٦ الشرائع ٣ ص ٤٨٩ عدد ١٦٥ واعتبر الحكم أن العقد الثاني ليس ورقة ضد بل عقد مستقل قرر فيه صاحبه تنازله لوالده عن حق الانتفاع مدة حياته ولم يرد بها شرط عدم التصرف في البيع طول حياة البائع — استئناف ٧ مايو سنة ٩٢١ المحاماة ٢ ص ٦٥ عدد ٢٥

حتى الوفاة^(١). والعقد عقد بيع سواء ذكر ان شرط عدم التصرف هو لاجل ضمان الوفاء بما التزم به المشتري أم لم يذكر ما دام أن الغرض من شرط عدم التصرف هو ضمان الوفاء بالالتزام^(٢) حتماً^(٣)

أما من حيث شرط عدم التصرف الذي وجد بالمقد الاول أو بالمقد الثاني فإن القضاء المصري رجع فيه الى اعتباره ضماناً للوفاء بالالتزام الذي تعهد به المشتري. هذا أولاً. وثانياً اعتبره من الشروط الباطلة اذا لم تتوافر فيه مصلحة ظاهرة لأحد العاقدين أو لشخص أجنبي، أى يصح شرط عقد التصرف اذا اتصل بمصلحة لشخص معين^(٤)

هذا القضاء هو القضاء المصري الاهلى. ولم نثر على حكم واحد في هذا المعنى للقضاء المختلط^(٥)

والآن وقد انتهينا من درس نظرية شرط عدم التصرف من الوجهة الفرنسية تشريعاً وفقهاً وقضاء، ومن الوجهة المصرية كذلك قانوناً وشرعية اسلامية وقضاء أهلياً، فانا نرى الآن درسها من الوجهة الفنية العلمية بالنسبة لمصر وغيرها.

(١) استئناف ١٣ ابريل سنة ٩٢٠ م ر ١، ٢٢، ص ١٢٩ عدد ٨٠ والحكم نفسه منشور أيضاً بالحلقة ٢ ص ٢١٠

(٢) استئناف ١٤ نوفمبر سنة ٩٢١ م ر ١، ٢٣، ص ١٥٢ عدد ٩٩

(٣) حكم منوف الجزئية السابق في ٢٥ نوفمبر سنة ٩١٦ — وحكم الاستئناف السابق في ١٣ ابريل سنة ٩٢٠ اذ ورد بأسباب الحكم الاول ما يأتي : « وحيث أن اشتراط عدم جواز التصرف وإن كان باطلاً لان نظام الملكية والحقوق المترتبة عليها من المسائل المتعلقة بالنظام العام ولا يجوز الاتفاق على خلاصها، الا أن هذا الامر جائز واعتبر، القضاء في فرنسا صحيحاً اذا كان اشتراط الحرمان من التصرف لوقت ما مبرراً بمصلحة جديدة وشرعية لواجب نفسه أو لشخص آخر ». وورد بالحكم الثاني ما يأتي : « وحيث أن اشتراط البائع في الاصل باطل الا أنه يكون صحيحاً استثناء اذا كان البائع بمصلحة بهذه الشروط كأن يكون قد اشترط في عقد البيع أو في ورقة الضد بقاء منفعة المين المبيعة له طول الحياة »

(٤) وأما ما استشهد به بعضهم بحكم ١٢ مايو سنة ٩٠٣ (وصحته ١٣ مايو) م ت ق، ١٥، ٢٩٢ فهو استشهد في غير محله لان الحكم المذكور يتناقض بالانذار الذي يرسله دائن لمدينه يلبه عليه فيه بعدم التصرف في أملاكه ويسجل الانذار، اذ مثل هذا الانذار المسجل لا يسبأ به قانوناً ولا يسرى على الغير.

وهل صحة هذا الشرط مما تتفق والمبادئ العامة أم لا تتفق . ومتى يعتبر الشرط باطلا

ج - نظرية صحة شرط عدم التصرف من الوجهة الفنية العملية

١٩٢ - بعد هذا البيان الذى أوردناه عن القضاء الفرنسى وأثر الشرط بالشريعة الإسلامية ومن حيث رابطة الشبهة بين البيع المعلق على شرط وبين الوصية نستطيع القول بأن شرط عدم التصرف ان ورد بعقد الاسقاط الاول أو ورد بعقد الاسقاط الثانى سواء كان هذا الثانى ورقة ضد أو عقداً مستقلاً، هو شرط صحيح، أى أن التعاقد عليه صحيح منتج قانوناً اذا كان معقوداً لوقت وترتب على العقد منفعة للعاقدين أو لاجنبى، بحيث اذا خولف الشرط كالتجزئة ابطال المخالفة من طريق مقاضاة المالك الاصلى لمن تعاقد مع المخالف . وظننا أن وارث المالك الاصلى لا يملك حق المقاضاة لان هذا الحق ليس مما يورث لأنه شخصى محض وربما كان يمدل عنه صاحبه لو طال أجله . ونستند فى تقدير هذه القاعدة العامة بهذه القيود الى المبادئ العامة القانونية التى يرجع اليها عند عدم النص باعتبارها الاساس العام لكل عمل قانونى : ذلك

(١) التعاقد بين عاقدين جامعين لشرائط التعاقد صحيح ولو لم يسم باسم معروف فى القانون

وذلك يرجع لنظرية حرية التعاقد وصحة التعاقد بما لا يخالف النظام العام والعوائد الحسنة^(١)

(٢) يصح الالتزام الشخصى على شرط أن يكون الوقت غير طويل، والتقدير يرجع للقضاء . لأن اطلاق الوقت ماس بحق الملكية أولاً وبالحرية الشخصية ثانياً وممطل لرواج الحركة الاقتصادية العامة ثالثاً

(٣) اذا لم يوف المدين بما التزم به وهو الامتناع عن عمل ، أى عدم التصرف فى العقار المسقط به اليه ، جاز للدائن بالالتزام حق مقاضاة من تعاقد مع المخالف ، ورد العقار سليماً الى هذا الأخير ، وليس للمخالف حق المقاضاة لأنه ان فعل فشل بما يدفع به قبله بالدفع المعروف « من سعى فى نقض ما تم من جهته فسميه مردود عليه »

وان كان صاحب المصلحة أجنبياً جاز له أن يقاضى المتعاقد مع المخالف باعتبار أن هذا الالتزام بالامتناع عن عمل انما تقرر له خاصة . ومعلوم فى نظرية التعاقد للغير أنه يجوز لمن تقرر له المنفعة أن يقاضى مباشرة خصيمه دون الحاجة الى اشتراط شرط آخر يرجع للمالك الاصلى^(١)

(٤) اذا وقعت مخالفة ممن تلقى العقار عن المالك الاصلى فلا تقبل من هذا الاخير دعوى الفسخ ورد العقار الى ماله هو لان ذلك يتعارض مع نية التبرع التى دفعت به الى التنازل عن العقار والى جملة مورد رزق وقوت له . انما تقبل دعوى الغاء التصرف مع بقاء العقار تحت يد المحمل بالشرط . ولكن اذا دلت عبارة العقد على ان بقاء العقار تحت يد الموهوب اليه موقوف على انه يقوم بالخدمة لصاحب العقار الاصلى طالما كان حياً ثم لم يف بالالتزام بالخدمة جاز رفع دعوى الفسخ لأن مصلحة المالك الاصلى للعقار تغلب هنا على مصلحة المنتفع ، اذ باسترداده يستطيع التعاقد مع آخر يمثل ما تعاقد به أولاً^(٢)

(٥) جعلنا طريقة توضيح المخالفة هورد العقار الى مال المدين أو مال الدائن ولم نجعله تعويضا . وذلك أخذاً بالقواعد العامة فى أن للدائن أن يطلب اعادة الحالة الى ما كانت عليه فيما اذا كان الالتزام بالامتناع عن عمل . لان هذا هو الاصل وأما المطالبة بتعويض فالدائن فيه بالخيار ان شاء طلبه أو طلب الوفاء بالاصل أى الوفاء الجنسى^(٣)

(١) Stipulant : الالتزامات من ١٨٥ ن ١٩٥ وما بعدها

(٢) راجع فى ذلك حكم محكمة الرقازيق فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٩ السابق ذكره

(٣) الالتزامات من ٢٢٦ ن ٢٨٠ وما بعدها

هذه هي المبادئ التي يمكن الاستناد إليها في صحة شرط عدم التصرف وهي مبادئ عامة تأخذ بها في القانون المصري طبقاً للشرائع المصرية ومنها الشريعة الإسلامية . ولقد لاحظنا بشأن هذه الشريعة الأخيرة أنها لم ترض بالشرط القاضي بمنع التصرف . ولكن رأينا أن ذلك مقيد بما يجري عليه العرف . ورأينا ذلك في حينه بما لا حاجة للعودة إليه

في أشكال الملكية وصورها

١٩٣ - الملكية صور مختلفة ^(١) وأهمها الملكية الشائعة أو الملكية على الشيوع ^(٢) أي الشيوع . والشيوع إما عادي ^(٣) وإما الزامي ^(٤) ومن صور الملكية أيضاً حق سطح الأرض ^(٥)

(١) في الملكية الشائعة أو الشيوع

١٩٤ - يحصل أن يكون حق الملكية لعدة أشخاص في وقت واحد دون أن تكون هناك قسمة مادية بينهم . وتسمى الملكية هنا ملكية شائعة أو شيوعاً . والسبب الشائع لها وفاة المالك الأصلي وتركه لعدة ورثة أو موصى إليهم . ولكل وارث أو موصى إليه حصة معينة مساوية للحصص الأخرى أو مختلفة على حسب الأنصبة الشرعية . ويحصل أن يكون سبب الشيوع في الأصل عقداً ، كأن يشتري أشخاص معاً شيئاً واحداً

ولم يمن الشارع بتنظيم الملكية وتقرير حقوقها وواجباتها وأحكامها بل على بها رجال الفقه وقرروا لها نظرية عامة بأحكام خاصة . ولم يأت لها بالقانون الفرنسي سوى المادة ٨١٥ التي قررت ما يأتي : « لا يكره أحد على البقاء في الشيوع بل يجوز طلب القسمة في كل آن رغم الاتفاق على خلاف ذلك أو وجود ما ينهي

(١) Modalités (٢) Indivision أو Propriété commune (٣) Indivision ordinaire (٤) Copropriété avec indivision forcée (٥) Droit de superficie

عنه . — ويجوز مع ذلك ، الاتفاق على إيقاف القسمة زمناً معيناً بحيث لا يكون الاتفاق ملزماً الى مابعد خمس سنوات . ولكن يجوز تجديده . « . ولم يرد لهذا النص مثيل بالقانون المدني المصري ولكنه ورد له مثيل بقانون المرافعات (المادة ٧١١/٦٢١) . وأفرد الشارع باباً خاصاً للقسمة سواء كانت خاصة بالشركات أو غيرها من أنواع الشيوع في الملكية (المواد ٥٤٥/٤٤٨ — ٥٦١/٤٦٢ مدني و ٨١٥ — ٨٤٢ فرنسي) . أما الفقهاء فقد استعانوا في تقرير أحكام هذه النظرية ووضع مبادئها بما قرره مشرعو الرومان . ويتميز الشيوع الحاضر ^(١) عن الشيوع الروماني في ان هذا الشيوع الحاضر لم يخرج عن كونه نوعاً من الملكية الفردية وصورة لها ^(٢) اذ لكل مالك على الشيوع ^(٣) حق كامل مطلق ينصب على نصيبه ^(٤) في الشيء المملوك لجميع الملاك وهو يحتفظ بحقه في التصرف في نصيبه كما يشاء بلا قيد ولا شرط

وهناك نوع من الملكية الشائعة ^(٥) وهو الشيوع في الملكية عند الجرمانين ^(٦) وهذا النوع يختلف عن الملكية الشائعة الحاضرة لان المالكين على الشيوع في ذلك النوع يعتبرون كأنهم واحد ، أى لا يستطيعون التصرف في أنصبتهم المختلفة ، مادام أن اليد المشتركة قائمة ^(٧) ، أو بعبارة أصح أنه لا توجد أنصبة متميزة عن بعضها البعض طالما أنه لم تحصل تصفية فيما بينهم . وحق ادارة هذا النوع من الشيوع وحق التصرف فيه انما تقوم بهما هيئة نائبة ^(٨) مستقلة من الوجهة القانونية وليس لها صلة ما يعال كل عضو على حدة ^(٩)

والآن نأتى بأحكام نظرية الشيوع كما قررها القضاء والفقه بفرنسا وبمصر

- | | |
|--|----------------------------|
| Propriété individuelle (٢) | Copropriété-indivision (١) |
| Quote-part abstraite (٤) | Copropriétaire (٣) |
| Gesamnte hand ويسمى أى الملكية (٦) | Propriété collective (٥) |
| Copropriété en main commune الشائعة في اليد المشتركة | |
| Organe (٨) | Main commune (٧) |
| (٩) كولين وكايتان ج ١ ص ٧٧٠ — ٧٧١ | |

وكما توسع فيها بشأن المادة ٨١٥ المذكورة والمادة ١٨٥٩ مدني فرنسي المقابلة للمادة ٤٣٨/٥٣٥ مدني مصري الخاصة بإدارة الشركة . إذ أخذ القضاء بهذه المادة ٤٣٨/٥٣٥ مدني و ١٨٥٩ فرنسي واستخدمها في إدارة الملك الشائع أخذاً بطريق القياس . لانه لما قرر القضاء للشركات الشخصية المعنوية فانه يظهر من ذلك أنه أراد بقراره هذا أن يجعل الشركات خارجة عن دائرة الشيوع ^(١) وقد جرى بعض الشرائع الخاضعة على تخصيص باب واحد بأحكام واحدة فيما يتعلق بالملكية الشائعة ^(٢) ، وأحياناً بأحكام خاصة فقط بالشيوع الاجباري ^(٣) كالتقانون الالماني (المواد ١٠٠٨ وما بعدها) والسويسري (المواد ٦٤٦ وما بعدها)

١ - حقوق المالكين على الشيوع

١٩٥ - لحق الملك الشائع ^(٤) صفتان : الصفة المعنوية للحق ^(٥) وهي تتعلق بحق المالك على الشيوع في أن يجري أعمالاً قانونية ^(٦) بمحضته الشائعة ^(٧) . والصفة المادية للحق وهي القيام بأعمال مادية ^(٨) تتعلق بالانتفاع وباستعمال الشيء المشاع ^(٩)

١٩٦ - عن الصفة الاولى للملك : للمالك على المشاع حق التصرف في نصيبه المشاع دون أن يكون مقيداً بأخذ رضا شركائه . وله بيع نصيبه أو التبرع به . وله أيضاً رهنه رهنًا رسميًا ^(١٠) . ويتعلق أثر الرهن بأثر الحكم الذي يصدر في القسمة باعتبار أن حكم القسمة حكم مظهر للحق ومؤيد له ^(١١) لا منشيء كما سيحيى . واذا وقع العقار في حصة شريك ^(١٢) غير الراهن أو رسا عليه المزاد عند بيع العقار بيعاً ودياً لعدم استطاعة قسمته ^(١٣) زال أثر الرهن .

(١) كولين وكاتبان ص ٧٧١ Copropriété (٢)

(٣) Copropriété avec indivision forcée (٤) Droit indivis

(٥) Coté incorporel (٦) Actes juridiques (٧) Quote-part

(٨) Actes matériels (٩) Chose commune (١٠) Hypothèque

(١١) Déclaratif (١٢) Lot (١٣) Adjugé sur licitation

وعلى العكس من ذلك اذا وقع في حصة الشريك الرهن
وترجع حرية التصرف في النصيب الشائع الى أنه لا يترتب على التصرف
ضرر ما بأنصبة الشركاء الآخرين . وكل ما أجراه أنه أحل نفسه بشخص آخر
يشغل مكانه في الشيوع (١)

ولحرية التصرف هذه قيد هام بالقانون الفرنسي بالمادة ٢٢٠٥ في أنه لا يجوز
للدائن الشخصي للوارث صاحب الحصة الشائعة في التركة أن يطلب بيع حصة
مدينه المشاعة قبل أن تحصل القسمة الودية (٢) أو القضائية (٣) بين الورثة
الشركاء ، انما له أن يطلب هذه القسمة . والمراد بطلب البيع نزع ملكية العقار
ويعمه جبراً على الورثة . وسبب الخطر وشرعيته يرجع الى أن البيع بالمزاد الجبرى
يضعف من قيمة المبيع . وهذا النص لا مثيل له بالقانون المصرى ولا يمكن الاخذ به
لانه نص مقيد لحرية الدائن نازع الملكية . أى أنه وارد على سبيل الاستثناء
للقاعدة العامة . ولا يؤخذ في المستثنيات الا بنصوص ظاهرة

قلنا بأن للشريك على المشاع حق التصرف في نصيبه بالبيع أو الرهن . ولكن
صحة التصرف هذا موقوفة على أنه يبيع نصيبه مشاعاً . فإذا باعه مفروذاً ومحدداً
فهل يصح البيع أم يسقط العقد ؟ يقضى أغلب القضاء المصرى بصحة البيع في
ذاته وعدم صحته في التحديد . بمعنى أن عقد البيع نافذ في النصيب المشاع وغير
نافذ فيما يتعلق بالتحديد . أى بيع معلق على شرط موقف (٤) وأيده في ذلك

(١) استئناف ٨ نوفمبر سنة ١٨٩٣ ح ، ٨ ص ٣٣٩ — استئناف ١٤ ابريل سنة ١٨٩٦
ج ١٢ ص ١٢٦ — مصر في ٢٩ أغسطس سنة ١٩٠٣ ج ١٩ ص ٦٢ — محكمة بنى سويف
السكية في ١١ يناير سنة ١٩٢٣ المحاماه ، ٤ ص ٢٥٨ عدد ١٨٨ (وقد تأيد هذا الحكم من
محكمة الاستئناف : المحاماه نفس المجلد والصفحة دون تعيين التاريخ) — بورسعيد أول اكتوبر
سنة ١٩١٦ م ر ١٨ ، ١ رقم ٢٩ — راجع البيع للهلالى بك ص ٢١٩ — ٢٢٣ ن ٣٧١ — ٣٨٠

(٢) Partage (٣) Licitation

(٤) استئناف ٩ يونيو سنة ١٨٩٢ م ت ق ٤ ، ٣١٢ — واستئناف ٥ يناير سنة ١٨٩٩
م ر ١٠ ص ٤ — واستئناف ٢٦ مايو سنة ١٩١٤ ش ، ١ رقم ٤٠٨ — محكمة المنيا الجزئية
في ١٩ أغسطس سنة ١٩٢٠ م ر ١ ، ٢٢ رقم ١٢١

بعض رجال الفقه ^(١) ويريد القضاء بأن العقد غير نافذ في التحديد أن العقد في التحديد لا يعتبر باطلا بل يعتبر موقوفاً في تفاذه الى حصول القسمة بالتراضي أو القضاء أو عند حصول رسو المزداد على البائع في المقار كله عند استحالة القسمة أو اختصاصه به عند تراضيه مع زملائه وقت القسمة الودية . وبعبارة أخرى ان عقد البيع صحيح من حيث بيع النصيب وموقوف من حيث التحديد بمعنى أن البيع يعتبر منصرفاً الى الحصة المشاعة فقط .

وانا لا نستطيع اقرار هذا القضاء اذ فيه من الخطورة على نية المتعاقدين ما يخشى معه المساس بما كان ينوى شراءه المشتري وقت انعقاد العقد . والتعليل في ذلك ظاهر . لأن المشتري وهو يشتري قطعة أرض معينة بمحدود وأبعاد ظاهرة وهو لم يشتريها شائعة في أرض مترامية الاطراف بعيدة المناحي ، انما قد انحصرت نيته واتجهت فكرته الى هذا الحيز الذي تعين له تعييناً ظاهراً مشخصاً كل التشخيص . اذا تبين ذلك فيكون من وسائل الاكراه والاعنات به اعتبار عقده نافذاً في النصيب المشاع ، ومشاع في أرض ما كان ليعلم لها حداً ولا بعداً . وربما اتجهت نيته عند الشراء الى هذه القطعة المفروزة المعينة لاعتبارات كانت تدور بخلفه من حيث استقلاله لهذه القطعة بالحالة والحدود التي اشترى بها ، والامر سواء فيما اذا كان البائع يعلم بنية المشتري أو لا يعلم (وربما كان عند العلم ما يتحتم معه فسخ العقد طبقاً لما قررناه بنظرية الالتزامات) لذا نرى أن الحكم بفسخ العقد واجب بدلاً من ترك أمر العقد معاقاً على القسمة التي لا يعرف الماقدان منها شيئاً فيما اذا كان الجزء المباع سيقع في حصة البائع أم لا ^(٢)

ولهذا الحق ، حق التصرف في النصيب المشاع ، قيد آخر يتعلق بالسفن اذ يجب الأخذ برأى أغلبية المالكين . ولا يجوز بيعها بالمزايدة لعدم امكان قسمتها

(١) شرح المذني لفتحى باشا زغلول ص ٣٢٧ — دى هلس ج ٣ ص ٥٦٩ ن ٢٥ —

وج ٤ ص ٤٣٢ ن ١١١ و ٤٢٣ — بودرى مع سينان ١٢١

(٢) انظر الهامص نمرة ١ من صفحة ٢٨١

لا بناء على من يكون له فيها النصف (المادة ٣٤ بحرى مصرى و ٢٢٠ تجارى
فرنسى وقانون ١٠ يوليو سنة ١٨٨٤ المادة ٣ فرنسى فيما يتعلق برهن السفينة)

١٩٧ - وعن الصنف الثانى للمحور : وهى الاعمال المادية الخاصة باستعمال
الحق^(١) والانتفاع به^(٢) والخاصة أيضاً بكيفية ادارة الشئ^(٣) وكيفية تعديل
طريقة الاستغلال^(٤) باعتبار انها لا تخرج هى الاخرى عن كونها أعمالاً مادية ،
كالاعمال الخاصة باحداث تعديل كبير فى الانتفاع بالشئ مثل تحويل منزل
سكن الى منزل ايراد^(٥) أو احداث تغيير فى الشئ كعمل شبك فى حائط : هذه
الاعمال المادية جميعها لا يمكن للمالك على الشيوع اجراؤها وحده بل لابد من
اجماع المالكين جميعاً . ذلك لان الاعمال الادارية اذا تمشت على الشئ كله أو بعضه
فانها تتعدى حق المالك على الشيوع ، وهو الحق الذى لا يجوز أن يتجاوز نصيبه
الشائع فى كل ذرة من ذرات الشئ المشاع

وإذا أخذ بقاعدة ضرورة أخذ رأى المالكين على الشيوع بالاجماع فيما يتعلق
بالاعمال المادية هذه لترتب على ذلك تعطيل الانتفاع بالشئ المشاع جميعه . ولذا
حالج القضاء والشارحون هذه الحال ورجعوا فيها الى المادة ٤٣٨/٥٣٥ مدنى
و ١٨٥٩ فرنسى الخاصة بالشركات والتي تتعلق بكيفية ادارة أموال الشركة عند
عدم تعيين مدير لها . اذ قررت المادة المصرية ما يأتى : « اذا لم يعين للشركة
مديرون اعتبر كل واحد من الشركاء مأذوناً من شركائه بالادارة وله ادارة العمل
وحده . وأما يعمل فى حالة اختلاف الشركاء بما يتفق عليه أكثرهم » وقالت المادة
الفرنسية ما يأتى : « عند عدم النص على كيفية ادارة الشركة تتبع القواعد الآتية :
(١) يعتبر أعضاء الشركة انهم أنابوا بعضهم البعض بشأن ادارة الشركة . وما يعمل
الواحد منهم حجة على الآخرين دون الحاجة الى أخذ رضائهم . انما هؤلاء أو
لبعضهم الحق فى أن يعارضوا فيما يراد عمله قبل اتمامه . - (٢) يجوز لكل عضو

أن ينتفع بالاشياء المملوكة للشركة على شرط أن يكون الانتفاع مطابقا لما أعدت له هذه الاشياء وعلى شرط أن لا يترتب على الانتفاع اضرار بمصلحة الشركة أو يترتب عنه ما يحول دون انتفاع بقية الاعضاء بحقوقهم . — (٣) ولكل شريك الحق في الزام زملائه أن يشتركوا معه في القيام بالمصاريف اللازمة^(١) للمحافظة^(٢) على أشياء الشركة — (٤) لا يجوز لواحد من الشركاء أن يحدث تعديلا مهما^(٣) بأحد عقارات الشركة حتى ولو ادعى بنفع هذا التعديل للشركة ، الا اذا وافقت بقية الاعضاء » والمادة الفرنسية كما نرى أوسع نطاقا في كيفية الاستغلال بالشيء المملوك للشركة ولذلك نعول عليها هنا باعتبار ان ما تقرره هو من القواعد العامة التي يصح الاخذ بها بقانوننا المصري

وعلى ذلك وبناء على هذه المواد المصرية والفرنسية والفقرة ٢ من المادة ١٨٥٩ المتعلقة بالشركة يجوز لكل شريك على الشيوع الانتفاع بالشيء المشاع على شرط أن لا يخرج في انتفاعه مما أعد له هذا الشيء وعلى ماجرت عليه العادة في استعماله وعلى شرط أن لا يكون من نتائج انتفاعه به أن يحول دون انتفاع بقية المالكين الآخرين^(٤) ومع القول بأنه من اللازم على الشريك المنتفع أن يعمل على مافيه احترام حقوق بقية الملاك الآخرين ، فانه قول لا ينتهي في الواقع بحماية حقوق هذه البقية ، بل ويحول فوق ذلك دون ادخال أي تحسين ما على العقار المشاع . فاذا أريد مثلا زراعة الارض المشاعة زراعة خاصة وبنوع خاص ، واذا أريد ادخال تحسين بها أو تعديل أو اقامة بناء أو هدم بناء أو غير ذلك من الاعمال التي تنتهي بتحسين العقار المشاع فانه لا يتقدم أحد المالكين على الشيوع ويقوم بهذا العمل منفردا بل لابد من اشتراك الكل فيه وأخذ رضائهم جميعا عنه وذلك أخذا بالفقرة ٤ من المادة الفرنسية . وبما يستفاد من المادة ٦٧٥ فرنسية القائلة بأنه لا يجوز

(١) Dépenses nécessaires (٢) Conservation (٣) Innovation

(٤) د ، ٩٣ ، ١ ، ٢٤٦ وعلى ذلك يجوز أن كان السكا على الشيوع لعقار في الخلاء مع آخرين أن يتنازل الغير عن حق الصيد بهذا العقار دون الحاجة الى أخذ رضا بقية زملائه : د ،

لاحد المالكين على الشيوع لحائظ مشتركة بين أملاكهم^(١) أف يحدث بها نافذة^(٢) مهما كان نوعها دون أخذ رضا جميع المالكين لها

هذا من جهة . ومن جهة أخرى فانه اذا كان العمل المراد اجراؤه بالمقار المشاع صملايتعلق بإدارته واستغلاله كتأجيريه مثلا فان القضاء برغم أن هذا العمل لا يدخل في عداد الاعمال المادية قد جرى فيه على ضرورة أخذ رضا جميع الشركاء^(٣) ولقد قال بعض الشارحين بأنه لا بد من الأخذ في هذه الحالة من طريق القياس بالفقرة الاولى من المادة ١٨٥٩ فرنسي الخاصة بالنيابة المفترضة بين الشركاء في ادارة الملك المشاع . بمعنى أنه يجوز لكل مالك على الشيوع أن يدير الملك المشاع دون التوقف على أخذ رضا بقية شركائه ، وذلك باعتبار أنه من مضمون الشركة في المشاع أن يكون هناك شبه تفويض من بعضهم الى بعض في ادارة هذا الملك . ولكن القضاء احتج على الاخذ بهذا الرأي اذ لاحظ بأن السبب في هذا التفويض بالشركات انما يرجع لما يمكن أن يفهم من عقد الشركة وما تراضى عليه الشركاء فيها^(٤) . أي أن السبب في التفويض الضمني هو عقد الشركة . وانه بناء على ذلك لا يجوز أن تسمى هذه الفقرة الاولى من المادة ١٨٥٩ المذكورة على الأحوال الاخرى التي تكون فيها الاموال مشاعة بين أفراد معينين دون أن يتفقوا فيما بينهم وبعقد على هذا المشاع^(٥) . على أن القضاء مع رفضه الاخذ من طريق القياس بهذه الفقرة الاولى المذكورة من المادة ١٨٥٩ فانه لم يترك هذا الاشكال دون أن يعالجه . ذلك أنه رأى الاستعانة في هذه الحالة بنظرية أعمال الفضولي^(٦) وبناء على هذه النظرية يعتبر المالك على الشيوع الذي يؤثر المقار أو يجري به أعمالا في مصلحة الجميع ، انه قام بهذا العمل باعتباره فضوليا^(٧) ازاء زملائه^(٨) وعلى ذلك يلزم هؤلاء الاخرون باحترام عمله الذي أجراه وبالوفاء

(١) Mur mitoyen (٢) Ouverture (٣) س ، ٤٤ ، ١ ، ٧٢٣٠

(٤) ومي ما يسمى Affectus sociétatis (٥) Sine affectu sociétatis

(٦) Gestion d'affaires (٧) Gérant d'affaires (٨) Consorts

بما التزم به في سبيل اجراء هذا العمل وذلك كله فيما اذا كان العمل مفيداً^(١) للجميع أى يؤخذ في هذه الحالة بالمادة ١٣٧٥ مدنى التى تقر قاعدة عامة اذ تقول ما يأتى : « يجب على رب العمل^(٢) عند ما يتبين أن الفضولى قد أحسن الادارة أن يلتزم بالتعهدات التى التزم بها الفضولى باسم رب العمل . وأن يدفع له هذا الاخير قيمة التعهدات الشخصية التى قام بها للعمل وأن يدفع له جميع المصاريف المفيدة^(٣) أو المصاريف الضرورية^(٤) التى صرفها من عنده » على أن هذا الحل الذى قرره القضاء فى اعتبار المالك على الشيوخ فيما أجراه بمناسبة الفضولى حل لا يقف عنده النزاع . لان الأخذ به متوقف على اعتبار ما أجراه المالك على الشيوخ مفيداً بالنسبة لزملائه على الشيوخ معه^(٥) ولذا فإن الخير الذى يكون قد تعامل مع الشريك على المشاع لا يطمئن الى تعاقد معه^(٦) لأن صحة التعاقد متوقفة على نتيجة العمل فيما اذا كان مفيداً للعقار المشاع أم غير مفيد . أو بعبارة أخرى فيما اذا كان قد عادت على بقية الملاك فائدة ظاهرة من هذا العمل الذى انقرد به المالك دون غيره أم لا

هذا واذا كان القضاء قد أبى الأخذ بنظرية التفويض الضمنى المنصوص عنها بالفقرة الاولى من المادة ١٨٥٩ فرنسى فانه لا يستطيع أن يرفض الاخذ بالفقرة ٣ منها القائلة بأن يجوز لكل شريك أن يلزم بقية زملائه فى أن يشتركوا معه فى القيام بالصرف على الملك المشاع اذا كان من شأن الصرف المحافظة على نفس الشيء المشاع^(٧) أو ترتبت عليه زيادة فى القيمة^(٨)

٢ - فى انقضاء الشيوخ

١٩٨ - رأينا كيف كان من شأن الشيوخ ومن مضايقاته للملكية ولحق

(١) Utiles (٢) Maître (٣) Dépenses utiles

(٤) Nécessaires (٥) Les indivisaires

(٦) كولين وكاتيان ص ٧٧٣ (٧) دى هلس ج ٣ ص ٥٦٨ ن ١٩

(٨) plus-value دى هلس النبعة السابقة

لتمتع لدى صاحب الحق الشائع وكيف أن الشيوع في ذاته يغفل أيدي أصحاب الحصص الشائعة في استغلال العقار الشائع وإصلاحه. لذا يرى الشارع أن من شأن هذه المضايقات أن لا تظل طويلا. وأباح لسكل شريك حق طلب القسمة في كل آن حتى يخرج من مضيق الشيوع الى مجال الملكية الفردية الفسيح. لذا يعتبر الشيوع حالة مؤقتة لا مؤبدة. وفي ذلك قررت المادة ٤٥٢/٤٥٩ مدني و ٨٢٢ فرنسي ما يأتي: « أما اذا كانوا مختلفين في الرأي أو كان أحدهم ليس فيه أهلية التصرف في حقوقه فعلى من أراد منهم القسمة أن يكلف بالحضور باقي شركائه أمام محكمة المواد الجزئية التابع اليها مركز... » وكلمة « أراد » الواردة بهذه المادة تفيد أن لسكل شريك حق طلب القسمة في أي وقت واذا كان الامر كذلك فهل يجوز للشركاء على الشيوع ان يتفقوا على البقاء فيه الى ما لا نهاية وان يحظروا على بعضهم البعض طلب القسمة؟ يظهر أن من شأن مضايقات الشيوع وتأثيرها على حق الملكية أن يجعل الشارع أميل الى تقرير عدم صحة مثل هذا الاتفاق واعتباره باطلا. لذا قرر قانون المرافعات بالمادة ٦٢١/٧١١ المعدلة بالامر العالي الصادر في ١٠ فبراير سنة ١٨٩٢ ما يأتي: « يجوز لسكل شريك في عقار مشاع ان يطلب قسمته ولا يصح الاتفاق على خلاف ذلك الا بمن يكون أهلا للتصرف لمدة لا تزيد على خمس سنوات بالاكثير. وتنتج في القسمة القواعد المقررة في القانون المدني » بحيث انه لا يجوز أن يزيد هذا الزمن عن خمس سنوات. بمعنى انه اذا زادت المدة عن خمس سنوات فلا يبطل الاتفاق الا فيما زاد عن المدة. ويبقى الاتفاق صحيحاً فيما يتعلق بمدة خمس السنوات فقط^(١)

وقرر القانون المدني الفرنسي بالمادة ٨١٥ ما يأتي: « لا يكره أحد على البقاء في الشيوع. ويجوز طلب القسمة في كل آن رغم الاتفاق على عكس ذلك أو وجود موانع دون القسمة — على أنه يجوز الاتفاق على ايقاف القسمة مدة معينة ولا يجوز أن يكون هذا الاتفاق ملازماً فيما زاد عن خمس سنوات مع جواز

تحيده». وعلى ذلك لا يجوز الاتفاق على بقاء الشيوع الى ما لا نهاية ، انما يجوز الاتفاق على بقاءه زمناً

١٩٩ - من طلب القسمة لا يسقط بالتقادم . واذا كان حق طلب القسمة حق يطلبه المالك على الشيوع في كل وقت فيترتب على ذلك أن هذا الحق لا يسقط بمضى الزمن^(١) مهما طال الوقت على صاحبه دون أن يطلبه^(٢) فاذا مضت على الشيوع مدة ١٥ سنة فلا يسقط حق طلب القسمة . وذلك لان هذا الحق يرجع الى حالة مادية وهي حالة الشيوع ، اذ تتجدد هذه الحالة دائماً وأبداً طالما أن الشيوع قائم . ففي كل وقت يتجدد الشيوع ويظهر من جديد ، ومعه يتجدد حتماً حق طلب القسمة ويلزمه في كل آن ، وبذلك لا يسقط ما دام أنه في حالة تتجدد مستمر . وما دام أن حق طلب القسمة باق وأنه لا يجوز التنازل عنه والبقاء في الشيوع دائماً ، وأنه حق غير قابل بطبيعته الى السقوط بالتقادم ، وجب اعتبار هذا الحق بهذه الميزات المختلفة حقاً متصلاً بالنظام العام واعتبار المادة ٦٢١/٧١١ مرافعات و ٨١٥ مدني فرنسي كذلك لان الاسباب التشريعية التي حدثت بالشارع الى تقرير هذا الخطر اسباب ترجع الى اعتبارات اقتصادية عامة تتعلق بالثروة العامة . فاذا انقذ مالك على الشيوع على البقاء دائماً بالشيوع اعتبر ذلك الاتفاق مخالفاً للنظام العام يبطله القاضي مع سكوت صاحب الشأن عن طلبه

ويتلاحظ أن الإبطال لا يسرى الا على ما زاد عن مدة خمس السنوات كما ذكرنا

٢٠٠ - في التكييف القانوني للقسمة : واذا نظرنا الى القسمة من الوجهة العقلية البحتة رأيناها أنها لم تخرج عن كونها مبادلة^(٣) بين نصيب شائع للشريك وبين حصة مفرزة تعينت له الآن تعيناً نائياً للجهالة^(٤) . اذ كان

(١) Imprescriptible (٢) كولين وكابان ص ٧٧٤ (٣) Échange

(٤) وفي ذلك تقول المادة ١١١٦ من المجلة « القسمة من جهة افراز ومن جهة مبادلة »

النصيب الشائع غير معين فأصبح الآن معيّنًا من طريق البديل بين الاثنين . بمعنى أن المالك على الشيوع يصبح من وقت حصول البديل مالكا لما استقر لديه من الجزء المعين المحدود ولا يعتبر مالكا لهذا النصيب المفرز ، من وقت الشيوع . ولكن الشارع خالف هذه القاعدة وقرر بأن القسمة عقد مظهر للملكية ^(١) لا ناقل لها ^(٢) وقراره هذا لم يأت الا من طريق الجواز ^(٣) لامن طريق الحقيقة لأسباب بعضها يرجع لاعتبارات تاريخية والبعض الآخر لأسباب تتعلق بالمصاحبة العامة ^(٤) وما دام أن القسمة عمل مظهر لا مثبت ^(٥)، ترتب على ذلك أن المالك على الشيوع لا يعتبر مالكا للنصيب المفرز من وقت القسمة بل يعتبر مالكا له من وقت الشيوع السابق على القسمة . وفي ذلك تقول المادة ٤٥٧/٥٥٥ مدني و٨٨٣ فرنسي ما يأتي « وكل حصة وقعت بموجب القسمة في نصيب أحد الشركاء تعتبر أنها كانت دائما ملكا له قبل القسمة وبعدها . ويعتبر أنه لم يملك غيرها من الاموال التي قسمت » . بمعنى أن للقسمة أثرا رجعيا على ما تقدمها . فإذا تصرف المالك قبل القسمة وعند قيام الشيوع في نصيبه محددًا بأي تصرف كان ولم يقع هذا الجزء في نصيبه المقرر بالقسمة اعتبر تصرفه باطلا لان هذا الجزء أصبح ملكا لزميله الآخر الذي اعتبر مالكا لا من وقت القسمة بل من الوقت السابق عليها

١٠٢ - في الفرو بين المادة ٤٥٧ أهلي و٥٥٥ مختلط : ولا يفوتنا القول هنا من ضرورة الاشارة الى الفرق الموجود في التعبير بين المادة ٤٥٧ الاهلية والمادة ٥٥٥ المختلطة فيما يتعلق بالاثرا الرجعي للقسمة وفي أن القسمة مظهرة لاثبتة ذلك أن المادة المختلطة قررت ما يأتي : « قسمة المال عينا ^(٦) تعتبر بمنزلة بيع كل من الشركاء فيه حصته الشائعة قبل القسمة بالحصة التي حازها بعد القسمة فتكون

(١) Déclaratif (٢) Translatif (٣) Fiction

(٤) كولين وكابتان ج ١ ص ٧٧٤ (٥) Attributif

(٦) Partage en nature

نتيجة هذه القسمة كنتيجة البيع « ولاحظ « دى هلس » في تفسير هذه المادة المختلطة ^(١) « أنه اذا أخذت على علانها تقرر قاعدة عكسية لما قررتها المادة ٥٥٧ الاهلية ونظيرتها المادة ٨٨٣ الفرنسية ، أى أن القسمة مثبتة لامظهرة ، أى منشئة لاثوية ، وان هذا التفسير مناقض لروح الشيوخ في الملكية والى الاسباب التاريخية التي جعلت الشارع يقرر تأييد القسمة لحق الملكية السابق لانشاءه «

فن حيث روح الملكية يقول « دى هلس » ^(٢) « ان للمالك على الشيوخ حق ملكية منصب على مجموع الشيء المشاع . وان حق ملكيته هذا منصب على النصيب المفرض الذي تقرر له بالقسمة مادام ان هذا النصيب جزء من مجموع الشيء الشائع وعلى ذلك لا تعتبر القسمة منشئة لحق الملكية وموجدة له ولكنها تعين لكل مالك نصيبه وتنعشه بعد ان كان خاملاً ^(٣) . والقسمة تزيد أثر الحق ^(٤) الذي كان مقرراً من قبل على الشيء المشاع ، ولكنها تؤيد ^(٥) وتقرر الحق الذي كان له على الجزء الذي عينته القسمة بالذات واستتله صاحبه مفزراً عن بقية الشيء الذي كان بالامس مشاعاً » ثم قرر بالنبذة نفسها « ان القضاء المختلط أخذ بالمبدأ المقرر بالمادة الفرنسية ٨٨٣ وبالمادة ٤٥٧ الاهلية ولم يشأ الاخذ بالمادة المختلطة التي تناقض المادتين المذكورتين على خط مستقيم . وان الاخذ بالقانون الفرنسي ، باعتباره مصدراً للتشريع المصري ، في مثل هذه الحالة لمن الدلائل على مبلغ الحرية الواسعة التي يرجع بها في تفسير النصوص المصرية « اه

ولقد لاحظنا نحن مع « كابتان » ان القسمة مبادلة بين نصيب كان بالامس شائعاً ونصيب أصبح اليوم معيناً . أى مبادلة بين حقين : حق نظري غير معين وحق مبين محدد . وان من نتائج البديل أن يصبح صاحب البديل مالكا من وقت البديل للنصيب المفرض المعين لامن وقت الشيوخ . لذا قلنا مع « كابتان » ان في تقرير الاثر المعروف في القسمة بأنها مقررة لامنشئة تقريراً من طريق المجاز لامن طريق الحقيقة

أما «دى هلس» فيرى عكس ذلك اذ يقول بأن القسمة طبيعتها مقررة للحق لامنشئة له لأن الحق الذي كان بالامس مشاعاً ومنصباً على الشيء جميعه من غير تحديد أصبح معيناً بالقسمة في النصيب المفروز، لان النصيب المفروز هو جزء من الشيء كله . وهذا الاسلوب في موضع التحليل العلمى أسلوب وجيه من دى هلس ولو انه يتعارض مع ما قررناه، اذ نقول نحن مع كابتان بأن القسمة في أصاها منشئة للحق، بينما هو يقول بأن القسمة بطبيعتها مؤيدة للحق فالاسلوبان متعارضان والنتيجة فيهما متعارضة أيضاً ولا محالة . وربما كانت طريقة التحليل التى اتبعناها أكبر مطابقة للواقع والحقيقة لما في مذهب «دى هلس» من للعمل في جعل الحق في النصيب المفروز مؤيداً للحق المشاع من قبل . لان أبسط الاسلوبين القول بأن هناك بدلا بين الحق المشاع بالامس والحق المفروز اليوم

هذا من حيث التعليل العلمى لآثر القسمة والتعرف على كيانها القانونى

وأما المادة ٥٥٥ المختلطة التى اعتبرها «دى هلس» مناقضة على خط مستقيم لنظرية الاثر الرجعى في القسمة فانها تقرر بأن كل شريك يعتبر بأنه باع حصته الشائعة قبل القسمة لشريكه الذى اختص بالحصه المفروزة . فاذا فرض أن زيدا وبكراً مالكان لعقار بحق الثلث والثلثين على المشاع وحصلت القسمة وتجنب لكل نصيبه اعتبر أن زيدا باع نصيبه الشائع وهو ثلث العقار شائعاً الى بكر الذى أصبح صاحب نصيب معين أى أن زيدا باع حصته لبكر في النصيب المفروز باعتبار أن زيدا له نصيب فيه قبل فروزه وتجنبيه . وكذلك يعتبر أن بكراً باع لزيد نصيبه الذى كان شائعاً في العقار، باعه له في النصيب المفروز . فكل من الشريكين باع للآخر نصيبه فأصبح كل منهما مالكا لنصيبه ونصيب الآخر . لأن زيدا كان له حصه شائعة في النصيب المفروز له بعد القسمة وقبلها، وكذلك بكر كان له حصه شائعة في نصيب زيد المفروز فتأيد حق زيد الذى كان بالامس شائعاً، تأيد في النصيب المفروز له ثم زال عن هذا النصيب حق بكر فيه، وهو الحق الذى كان شائعاً بالامس . وعلى ذلك يصبح زيد بعد القسمة مالكا لنصيبه

المفروز باعتبار انه كان له فيه بالامس حق ، حق شائع فتأيد هذا الحق بالقسمة. ثم زال حق بكر من هذا النصيب المفروز وهو حقه الذي كان بالأمس مشاعاً (واليوم مشاع أيضاً) وزال من طريق ان بكراً باع حقه هذا الى زيد . وهكذا الحال أيضاً بالنسبة لزيد في تنازله عن حقه لبكر . وعلى ذلك وبناء على هذا التحليل الاستفادة من البيع الوارد بالمادة ٥٥٥ مدني مختلط ، يعتبر ان زيدا مالك بالاصل وبالشراء فبالاصل باعتباره صاحب حق شائع في هذا الجزء المفروز . وبالشراء باعتباره مشترياً لحق بكر ، الحق شائع بعد القسمة . كأن النصيب المفروز بعد القسمة أصبح محملاً بحقين شائعين فيه . حق زيد وحق بكر . فبقى حق زيد فيه قائماً ، أما حق بكر فيه فقد زال لانه باعه الى زيد . وعلى ذلك يصبح زيد مالكا للجزء المفروز بتمامه ، بعضه بحقه فيه وبعضه بالشراء

وتكون حينئذ القسمة مؤيدة لحق زيد السابق في الجزء المفروز (وهي وجهة نظر تؤيد دى هلس فيما ذهب اليه من حيث تحليل القسمة لا من حيث تحليل المادة ٥٥٥ المذكورة) وأما الحق الذي آل اليه بالشراء من بكر فهو لا يملكه الا من طريق الشراء وما كان ليمتلكه من قبل . وبما انه لم يحصل في الحقيقة بيع من بكر لزيد انما حصل بدل بين الاثنين اذ لم يدفع ثمن بل حصلت مقايضة في حقين ، اعتبر صاحب البديل مالكا من تاريخ البديل لا قبل البديل (وهذا يؤيد وجهة نظرنا مع كابتان) . ولكن اذا كان صاحب البديل لا يعتبر مالكا الا من تاريخ البديل فانه يجب عليه أن يحترم الحقوق المقررة للغير في ذمة صاحب البديل على الشيء محل البديل . على ان زيدا لا يستطيع أن يحترم هذه الحقوق التي قررها بكر على هذا النصيب . واذا كان لا يحترمها فمن أين جاءت حينئذ قاعدة عدم الاحترام ان لم يكن من طريق المجاز الذي تكلمنا عنه في صدر هذا البحث ؟

هذا هو التحليل القانوني للمادة ٥٥٥ مدني مختلط وهي لا تفيد مطلقاً ان القسمة مؤيدة الا فيما يتعلق بحق زيد المنصب على الجزء المفروز وحق بكر المنصب على الجزء المفروز له . ولكنها لا تعتبر مؤيدة بالنسبة لما كان لبكر من حق شائع

على النصيب المفروز لزيد . وبالنسبة لما كان لزيد من حق شائع على النصيب المفروز ل بكر . ولذلك لا نعتبر ان ما قاله « مونوري » في وضعه لهذه المادة المختلطة قد جاء صحيحاً مطابقاً للاصول القانونية . ويعتبر رجوع القضاء المختلط للمادة الفرنسية ٨٨٣^(١) وللمادة الاهلية ٤٥٧ رجوعاً لا يستقيم الا اذا تأيد بأدلة قانونية علمية مستقاة من القانون . وهذا ما جعل « دى هلس » يرجع في تعليل الاثر الرجعي للقسمة الى هذا التحليل الذي قال به والذي خالفناه نحن فيه

هذه هي القسمة الطبيعية^(٢) التي توضع حداً للشيوخ . وهناك نوع آخر يوضع حداً للشيوخ أيضاً وذلك اذا أصبح أحد المالكين على الشيوخ مالكا للشيء المشاع كله من طريق شرائه له من بقية الشركاء أو ان الشركاء أنفسهم يبيعون الشيء المشاع الى غيرهم صفقة واحدة

٢٠٢ - قسمة المهايأة : يحصل أن لا تقع القسمة بطريقة نهائية في الملكية بل تكون محصورة فقط فيما يتعلق بالمنفعة فيقتسم الشركاء منفعة العقار المشاع بعقد أو بغير عقد وتسمى القسمة هذه قسمة مهايأة^(٣) وهي لا تنصب على الملكية . ويجوز حمل قسمة أخرى عن الملكية وترك هذه القسمة المؤقتة . وعلى ذلك يكون وضع اليد على الانصبة المفروزة مهايأة وضماً يحول دون تملك ملكية النصيب المفروز بالتقادم مهما طال الزمن طالما أن اليد انتفاع مجرد عن التملك لهذا الجزء المعين . انما يجوز اذا طال الزمن وتبين بأن نية الشركاء قد انصرفت الى تملك الجزء المفروز تملكاً عينياً منصباً على الملكية والمنفعة معاً ونمت مظاهر اليد على هذه النية ، كما اذا تصرف البعض وصادقه الشريك الآخر أو بنى على رأى ومسمع من شريكه . اذا حصل ذلك اكتسبت الملكية بالتحديد مع التقادم . على أنه لا يجوز الاخذ بالتقادم في هذه الاحوال الا مع الاحتياط الدقيق حيث أن حالة الشيوخ كما قررنا من قبل حالة تتجدد كل يوم وكل ساعة

(١) م ت ق ، ١ ، ١٤٧ - ٢ ، ٤٠٩ (٢) Partage en nature

(٣) Partage provisionnel

ولذا يعتبر أن حق الشريك في طلب القسمة حق دائم يتجدد هو الآخر مع تجديد الشيوع . وإنما يزول حق طلب القسمة اذا صدرت أعمال من الشريك المشاع تم على رغبته في أنه اختص بالجزء الذي ينتفع به ومضى على هذا الاعتبار الزمن المسقط للحق والمكسب للملكية

وعقد قسمة المهايأة عقد كبقية العقود لا يسرى الا على من كان طرفاً فيه . وعلى ذلك اذا جاء بعض الشركاء دون البعض الآخر واتفقوا على قسمة العقار قسمة مهايأة واختصوا بنصيب لهم وتركوا نصيب البعض الآخر الذي لم يشترك معهم في العقد واتفقوا فعلاً بنصيبهم ولم ينتفعوا بالنصيب الآخر ، فهل يجوز لهذا الآخر أن يطالبهم بنصيبه في قيمة ما انتفعوا به باعتبار أن عقد قسمة المهايأة لا يسرى عليه لأنه لم يكن طرفاً فيه ، وباعتبار أن حقه الشائع لم يمس بشيء طالما أن القسمة لم تحصل وأنه في حل حينئذ من مطالبة كل شريك انتفع بالعقار كله أو بعضه ، مطالبته بنسبة نصيبه هو فيما انتفع به الشريك المنتفع ؟ أجاب القضاء المصري بالإيجاب ^(١)

واننا نتردد كثيراً في اقرار هذا المذهب القائل بأن للشريك في الملك الشائع حق مطالبة باقي شركائه بالريع اذا لم يثبت أن هؤلاء وضعوا أيديهم على أكثر من نصيبهم . ولقد لاحظنا في مجال العمل أنه لا يقضى لهذا الشريك بشيء ما اذا ظهر بأن نصيبه ترك له ولم ينتفع به أحد من بقية الشركاء . نعم ولو أن عقد قسمة المهايأة لا يسرى عليه لأنه لم يكن طرفاً فيه . ولكن لبقية الشركاء الحق في الانتفاع بأنصبتهم كما هو له الحق أيضاً في الانتفاع بنصيبه . وبما أن الانتفاع على الشيوع مستحيل عملاً فلا سبيل للانتفاع الا من طريق اختصاص كل شريك

(١) استئناف ١٠ فبراير سنة ١٩١٠ م ١ ، ١١ ص ٢٤٣ عدد ٩١ . وجاء ضمن أسباب الحكم ما يأتي :

« وله حينئذ أن يطالب كل واحد من شركائه بنصيبه في الربح الناتج من الجزء الذي انفرد هذا الشريك بوضع يده عليه — وحيث أن القسمة الزراعية لا تعطى للمتمهدين الا حقوقاً شخصية لبعضهم على بعض ولا تسرى أحكامها على الغير خصوصاً على المشتري »

بأن ينتفع بقدر لا يتعدى نصيبه . وأن يترك نصيب الآخر دون الاعتداء عليه من طريق الانتفاع وهذا ما يطابق العدالة . نعم ولو أن لمن لم ينتفع ومن لم يدخل طرفاً في عقد قصة المهايأة حق شائع على العقار كله وهو منعب على الجزء الأول الذي ترك دون انتفاع وعلى الجزء الآخر الذي انتفع به المتعاقدون بالمهايأة ، إلا أن هذا القول ولو أنه قانوني محض من الوجهة العادية النظرية إلا أنه لا يمكن الأخذ به عملياً مع العدالة . وإذا تعارضت العدالة مع أصل فني على قانوني بحت وجب الأخذ بالاول دون الثاني لأن الاول عملي والثاني خيالي

أما نصح المطالبة فيما إذا انتفع بقية الشركاء بكل العقار ، أو انهم انتفعوا بالجزء الأهم وتركوا الجزء غير المهم أى لم ينصفوا في تعيين الانصبة بالمهايأة

وأنا إذا قلنا بما قال به القضاة بجواز المطالبة بالتعويض للشريك الذي لم يشأ أن ينتفع بالمرّة لترتب على ذلك أن العقار يظل بدون استغلال لأن كل شريك يعمل على استغلال نصيبه بالمهايأة ويعرف بأنه سيدفع لشريكه الآخر المهمل نصيبه في المنفعة ، يحجم عن العمل وعن الانتفاع وهذا ضار بالمصلحة العامة والأروة العمومية وإذا أخذنا بنظرية التفاضل التي استندنا اليها كثيرا في مواطن عدة بنظرية الالتزامات^(١)

(فيما يتعلق بالتحويل وأيهما أولى بحماية القانون . هل المحول اليه أو المدين) لرجحنا جانب الشريك المنتفع بنصيبه فقط على الشريك المهمل الذي لم يحرك ساكناً . لأن الشريك المنتفع إنما انتفع بحق له مقرر من قبل . نعم وإن كان لشريكه حق في الجزء الذي انتفع به الشريك المنتفع ، إلا أن هذا الحق تحول مؤقتاً الى النصيب المتروك . وإن أدلى بأنه لم يكن طرفاً بالعقد فعدم دخوله يرجع اليه لا الى الآخرين . فإذا كان قد لمح مطعمنا على قصة المهايأة ثم سكت فلا يجاب الى طلبه في المطالبة بربع لم يعمل فيه شيئاً ما . لأن سكوته لا يفصر الا بالرضاء أمام استغلال عياني ظاهر ، أو بالاهمال في الطمن على حمل لم يطمن فيه وعلى ذلك ترجيح من وجهة العدالة . عدم تقرير حق . ما لهذا الشريك فيما انتفع به بقية الشركاء بما لا يخرج عن انصبتهم

ويحصل أن تكون القسمة النهائية مقصورة فقط على فرز نصيب أحد الشركاء وإخراجه من دائرة الشيوع ثم ترك باقي الشركاء في حالة الشيوع وهذا ما يسمى بالقسمة الجزئية^(١)

٢٠٣ - أنواع السُّبُوع : قلنا ان الشيوع مؤقت ولكن يجوز أن يكون على خلاف ذلك فيما يأتي : أولاً . فيما اذا اتفق الشركاء على البقاء في الشيوع مدة معينة قصيرة وهم ينشدون بذلك مصلحة خاصة (المادة ٨١٥ مدنى فرنسى فقرة ٢) ثانياً . اذا كانت السفينة مملوكة لجملة اشخاص فلا يجوز طلب بيعها عند عدم إمكان قسمتها الا اذا كان الطلب مقدماً ممن يملكون نصفها على الأقل . الا اذا وجد شرط يخالف ذلك بعقد الملكية على المشاع (المادة ٣٤ بحرى و ٢٢٠ فرنسى) . — ثالثاً . يحصل أن يكون الشيوع قائماً من طريق الإكراه والاجبار^(٢) وفي هذه الحالة تغلب عليه صفة الخلود أى يعتبر الشيوع مؤبداً^(٣) وزى الآن ان نتكلم هنا على النوع الاخير من الشيوع الخالد

٣ - في الشيوع الدائم

٢٠٤ - هناك انواع مختلفة لاشيوع الدائم . وتتفق جميعها في انها تتنازعن الشيوع العادى بأن يكون لكل مالك على الشيوع حق استعمال الشيء استعمالاً مادياً بطريقة أوسع مجالا وأقل حيفاً من الشيوع العادى وان يكون له حق ايضاً في تعديل طريقة الارتفاع وكيفية الاستعمال . وهذه السعة في استعمال الحق عند قيام الشيوع المؤبد انما ترجع لهذه الصفة صفة خلود الشيوع نظراً لما يمانيه عادة المالكون على الشيوع العادى من المضايقات التى يترتب عليها غل أيدى المالكين^(٤) من العمل على اصلاح الشيء المملوك^(٥) واستغلاله وأما الصور المختلفة لهذا الشيوع الدائم فهي ثلاثة : (١) الاشتراك في

الملكية على الشيوع الاجبارى ^(١) — (٢) ملكية طبقات الدار ^(٢) — (٣) الاشتراك في ملكية الحائط المشتركة ^(٣)
ونرى ضرورة التكلم على كل منها :

١ — النوع الاول . الاشتراك في الملكية على الشيوع الاجبارى

§ ١ — أحوال مختلفة

٢٠٥ — هذا النوع من الشيوع الموصوف بأنه اجبارى يجب ان يكون في الاصل خالداً . ويقع هذا النوع اذا قضت به حالة مادية معينة ^(١) اذ يصبح نتيجة حتمية لها لا مفر منه . أو يقضى به اتفاق صريح بين المتعاقدين اذا لاحظوا أن الضرورة تقضى به

ولقد ظهر من طريق الاستقراء والملاحظة أن هذا الشيوع الاجبارى هو شيوع غير مؤقت أى شيوع خالد . ذلك لان الشيوع في هذه الحالة ليس ضاراً بالمالكين ذلك الضرر الذى عرفناه في حالة الشيوع العادى بل هو على العكس من ذلك نافع كل النفع ويستفيد منه المالك له كل الاستفادة من حيث الاستغلال والاستعمال لانه ضرورى وهام لجميع الشركاء . وفوق ذلك فإنه لا يخشى معه من وقوع النزاع وتكراره بسبب الشيوع العادى مادام الكل ينتفعون بلا قيد يحد من حقوقهم ولا مضايقة تعطل عليهم حق التمكن من الانتفاع . ولا محل للتخوف من أن في تقرير الشيوع الدائم ما يذهب بقيمة الاشياء من طريق حرمانها من مزية التنقل من يد الى يد بما فيه زيادة قيمتها وترويج للثروة العامة ، ذلك لان طريقة الانتفاع بهذا الشيء المشاع شيوعاً دائماً تجعله لا يقبل التنقل من يد الى يد والاشتراك في الملكية على الشيوع الدائم طائفتان

(١) Copropriété avec indivision forcée (٢) Propriété des étages

(٣) La mitoyenneté des clôtures (٤) État de fait

المادة الاولى : يقع الشرط القاضي ببقاء الشيوع الدائم لمناسبة تملك الاشياء التي تعتبر في ذاتها أشياء أصلية ^(١) والتي تعتبر انها وقف على أفراد معينين أسرة كانوا أو فريقاً معيناً ، وذلك من حيث الاستفادة منها استفادة عامة . مثال ذلك مقابر الاسرة ^(٢) وأوراق ووثائق الاسرة ^(٣)

والمادة الثانية : وهي أهمها وعلى جانب عظيم من الاهمية في عالم الحياة الجوارية اذا كان الشيوع الدائم نتيجة تبعية ^(٤) لعقارات متجاورة ومتلاصقة وملوكة لغير مالك واحد ولجلمة ملاك وكان من اللازم من انشاء مرافق لها يستعين بها أصحاب العقارات في استغلال عقاراتهم ، مثل انشاء ممشى ^(٥) بين العقارين أو ترك محل فسيح بينهما ^(٦) بمثابة حرم لها وغير ذلك بحيث تعتبر هذه الماشى والميادين المتروكة مخصصة جميعها للمنفعة الخاصة بالمالكين . وينشأ الممشى هكذا وعلى الاخص فيما اذا لاحظ مالكا العقارين انه من المتعذر أن يحدث كل منهما طريقاً بأرضه فيتفق الطرفان على أن يترك كل منهما جانباً من أرضه حتى اذا ما التصق الجانبان كونا طريقاً فسيحاً نوماً ما يسهل على المالكين المتجاورين الخروج والدخول والانتفاع العقارى بوجه عام

هذه هي حالة الضرورة التي يقضى بها وجود عقارين متجاورين لا بد لهما من انشاء طريق خاص بينهما . وهناك حالة أخرى لا تقضى بها الضرورة بل توزع بها المنفعة المتبادلة بين ملاك يرون من طريق تسهيل استغلال أملاكهم احداًها بحيث تكون وفقاً في الانتفاع عليهم . كما اذا اشترك ملاك غابات على احداث مصنع لنشر الاخشاب المستخرجة من الغابات المملوكة لهم . أو كأن يشترك مزارعون على انشاء وابور صغير لحليج أقطانهم قبل بيعها . وغير ذلك من الامثلة طبقاً لظروف الاحوال

والآن وقد عرفنا ذلك فلنبحث عن حقيقة التكييف القانوني لحقوق المالكين على الشيوخ هذا الدائم

§ ٢ - في التكييف القانوني لحق المالكين

على هذا الشيوخ الاجبارى

٢٠٦ - لاجل الوقوف على حقيقة هذا الحق وكيانه القانوني^(١) نضرب هنا مثل الطريق والممشى المتروك بين عقارين متجاورين لا يتجاوز عرضه مترين ولننظر الى أى مدى يصل حد كل من الجارين في هذا الطريق يجوز القول هنا بأن أقل جار من الجارين يملك متراً من الطريق في عرضه مبتدئاً من أرضه وينتهى الى وسط الشارع^(٢) وبما ان هذا العرض متر واحد لا يكتفى لاستعمال الطريق من المرور وغيره فيعتبر ان لكل من الجارين حق ارتفاق على المتر عرضاً المملوك للجار الآخر أى حق ارتفاق مرور^(٣) يستعين به على ما يملكه من المتر عرضاً في سبيل الانتفاع بالطريق كله (وهذا هو ما تقول به المادة ٣٣ من القانون الزراعي^(٤) الفرنسي الصادر في ٢٠ اغسطس سنة ١٨٨١ بشأن مسالك الاستغلال^(٥) المنشأة بين صغار المزارعين حتى يصلوا بها الى الطريق العام) ويقول الفارحون^(٦) بأنه يجوز أخذاً من طريق القياس اعتبار الطرق الاخرى المشابهة لهذه المسالك في مرتبتها من حيث تقرير حق ارتفاق المرور المذكور وأيدوا رأيهم هذا بما أقرهم عليه القضاء الفرنسي^(٧) ولكن القضاء الحاضر لا يرى في مثل هذه الاحوال ان هناك ارتفاقاً على الشيوخ^(٨) بل يرى انه نوع من أنواع الاشتراك في الملكية بين الجيران أى شيوخ في الملكية ليس الا^(٩) وان هذا الشيوخ

(١) Nature juridique (٢) Médiane (٣) Servitude de passage

(٤) Code rural (٥) Chemins d'exploitation

(٦) كولين وكايتان ج ١ ص ٧٧٦ (٧) ١٠ ديسمبر سنة ١٨٢٩ S. chron

(٨) Servitude d'indivision (٩) Copropriété

ينصب على الشيء المملوك جميعه (١)

والفرق عظيم بين نظرية ارتفاق المرور ونظرية الشيوع في الملكية وتظهر هذه الفروق فيما يأتي :

(١) اذا فرض ووجد الممشى بين العقارين المتجاورين وكان عرضه أقل من مترين باعتبار أن كل جار ترك أقل من متر من ملكه ، ثم جاء أحدهما وأراد أن يفتح مطلا مستقيماً بملكه أى شباكاً طويلاً عريضاً للرؤية والنظر. فإذا أخذنا بنظرية ارتفاق المرور فلا يجوز للجار أن يفتح هذا المطل لأنه لم يترك من ملكه متراً كاملاً بل ترك أقل من متر (المادة ٣٩/٦١ مدني و ٦٧٨ فرنسي) لأن مقدار ما تركه يتبدى من أرضه وينتهى الى الخط الوهمي الموجود في وسط الطريق (٢) وعلى العكس من ذلك اذا أخذنا بنظرية الشيوع في الملكية فانه يجوز لكل منهما أن يفتح ما يشاء من المطات المستقيمة ما دام انه يعتبر مالكا لما تركه شائعاً في السكك لا معيناً في جهة بالتعليك وفي جهة بالارتفاق (٣)

(٢) اذا فرض وظل أحد الجارين لا ينتفع بالطريق الفاصل بين العقارين مدة ١٥ سنة فإذا أخذنا بنظرية الارتفاق زال حق الارتفاق عن صاحبه وعلى ذلك لا يملك الجار المهمل بعد ١٥ سنة حق الانتفاع بالطريق بعرضه المكون مما تركه هو وبما تركه جاره الملاصق له . لأن حق الارتفاق يزول أيضاً بالتقادم كما سنرى ذلك فيما سيأتي بعد . وعلى العكس من ذلك اذا أخذنا بنظرية الشيوع في الملكية اذ تظل حالة الشيوع قائمة وتدوم معها الحالة القانونية لكل من المالكين على الشيوع لان حق الملكية بطبيعته حق دائم لا يزول من نفسه بعد استعماله

كل هذا فيما اذا لم يتفق الجاران على نوع الانتفاع بالطريق هل هو على سبيل الارتفاق أو على سبيل الشيوع في الملكية (أى اذا لم يوجد عقد بينهما يبين كنه الحالة القانونية لحق الانتفاع بالطريق . وأما اذا وجد عقد بذلك وجب الأخذ به فيما نص عليه)

(١) د ، ٩٤ ، ٣٢٩ ، والتعليق عليه (٢) Ligne médiane

(٣) د ، ١٠١ ، ٢٠٦ — [س ، ١٠١ ، ٤٠٤

والذى نراه الأخذ بنظرية الشيوع في الملكية لأنها تتفق مع أغراض المالكين ولأن في الأخذ بها - دواماً للانتفاع واستقراراً لاستغلال الطريق المشترك . ولا تتحقق هذه الأغراض والمنافع إذا أخذ بنظرية الارتفاق

٣ - في حقوق وواجبات المالكين على الشيوع الدائم

٢٠٧ - لقد رأينا أن حقوق المالكين على الشيوع الدائم أوسع بكثير من مثلها في حالة الشيوع المؤقت وإن المالك هنا يستطيع الاستغلال بسهولة والانتفاع بالشئ المشاع . وعلى ذلك يجوز له الانتفاع بالشئ المشاع دائماً كما ينتفع به فيما لو كان ملكه وحده تماماً . ويجوز حينئذ للمالك أن يفتح أبواباً ومطلات على الطريق المشترك أو على الميدان الذى تركه الجيران حرماً بينهم وفاصلاً لأملاكهم^(١) . ويجوز لسكنى جار أن يترك مياه الأمطار تنساب من ملكه إلى الطريق المشترك . والقيد الوحيد الذى يقيد به كل جار إزاء الآخر إنما هو أن لا يعمل فى سبيل انتفاعه بالشئ المشترك بما يعطل على الآخرين حقوق انتفاعهم هم الآخرين بهذا الشئ . فإذا عمل الجار ما فيه تعطيل للجار فى انتفاعه منع من ذلك . كما إذا جعل ميدان موقوف على منفعة الجيران ، مكاناً للوقوف^(٢) وبما أن لكل من الجارين أو الجيران حق الانتفاع المشترك بينهم فيترتب على ذلك ما يأتى :

(١) يجوز فى نظرنا لكل من الجيران الشركاء أن لا يقتصر فقط على الانتفاع بالشئ المشاع لمصلحة العقار الملاصق لجاره ، بل يجوز له أيضاً أن يصرف هذا الانتفاع إلى العقارات الأخرى التى يمتلكها فيما بعد وبعد تقرير الشيوع فى الطريق أو الميدان مثلاً . وعلى ذلك يجوز للمالك الغابة أن يحضر أخشابها المنزوعة من الغابات المملوكة له فى جهات أخرى ويقطع أخشابها بمصنع القطع الذى الشئ

(١) د ، ٤٦ ، ١ ، ١٣٩ ، س ٤٦ ، ١ ، ٤٨٧

(٢) د ، ١ ، ٩٠١ ، ٢٧٧ ، س ، ١ ، ٩٠٢ ، ٢٨٥ — كولن وكابان ج ١ ص ٧٧٧

بالاشتراك معه ومع جيرانه من ملاك الغابات المجاورة ، وكذلك الحال في وابور حليج القطن كما ذكرنا . ذلك لانه في انتفاعه بالشيء المشاع بهذه الطريقة فانه لم يخرج عن كونه يستعمله كما يستعمل الشخص الشيء ملكه وحده بتمامه . ولا ينتج من عمله هذا ضرر بمصلحة الشركاء الآخرين مادام انه لم يغير من طريقة استعمال هذا الشيء وما أعدل من النفع^(١) ولكن اذا ترتب عن هذا العمل اضرار بحقوق الجيران وجب منعه حتما

(٢) كذلك اذا أراد المالك على الشيوع الدائم ان يحدث تعديلا أو يعمل اصلاحا بالشيء المشاع الدائم فلا يكون في حاجة الى ضرورة اخذ رضا الشركاء الآخرين ذلك الرضاء الذي يعتبر أمراً ضروريا في حالة الشيوع المؤقت . كل هذا على شرط أن لا يكون من شأن التعديل^(٢) أو التغير^(٣) ما يمس بما اعد له الشيء من حيث الانتفاع به^(٤) وعلى ذلك يجوز لهذا المالك على المشاع أن يحيط الطريق المشترك بسور من الحديد^(٥) وله رفع أرض الميدان المتروك بين الجيران حتى يسهل انسياب المياه الراكدة^(٦) ويعمل الجار كل ذلك حتى ولو عارضه شركاؤه فيه هذا فيما يتعلق بحقوق الملاك على الشيوع الدائم

واما فيما يتعلق بواجباتهم فانه لا يجوز للمالك ان يطلب القسمة لانها محظورة عليه بطبيعة دوام الشيوع^(٧)

(١) Carré de Malberg ومقال ٤٨١ ، ١ ، ٩٥ ، د — كولين وكابنان ص ٧٧٧

(٢) Modifications (٣) Transformations

(٤) د ٤٤٠ ، ٢ ، ٩٩ — س ١٤١ ، ٢ ، ٩٠٠

(٥) Grille د ١٠٤ ، ١ ، ٩٧ — س ٢٧٩ ، ١ ، ٩٧

(٦) د ٥٠٨ ، ١ ، ٩٥

(٧) د ٣١٦ ، ١ ، ٩٠٩ — س ٤٠٨ ، ١ ، ٩٠٨ — البانديت الفرنسية ٩١٣ ، ٢

٢٦٩ وورد ذلك أيضاً بمجلة الفرائع ١ ص ٦٥ عدد ١١٨ حيث لا يجوز طلب قسمة المنافع المشتركة لمنزل مركب من عدة أدوار مملوكة لملاك مختلفين . ولكن اذا قدم العهد على هذه المنافع بحيث أصبحت لا تصلح لاداء ما كانت قد أعدت له من قبل فيجوز حينئذ طلب قسمتها ولا يجوز له التنازل عن حقه الى أجنبي خارج عن دائرة الشركاء

وعليه أخيراً أن يتحمل القيام بنصيبه في المصاريف التي تصرف في تصليح الشيء المشاع ، أخذاً بالمادة ٦٥٥ مدني فرنسي الخاصة بالحائط المشتركة باعتبارها عامة هنا

ب - النوع الثاني . في ملكية طبقات الدار

٢٠٨ - قلنا ان الشيوع الدائم على جملة صور . وقد تكلمنا على الصورة الاولى منها وهي الخاصة بالشيوع الاجباري . والآن نتكلم على نوع آخر وهو الخاص بملكية طبقات الدار أو أدوار المنزل^(١) وذلك أن المنزل اذا تكون من جملة أدوار جاز أن يكون لكل دور مالك ويقال لمن يملك الدور الأعلى صاحبه العلو ومن يملك الدور الأسفل صاحب السفلى ويغلب هذا النوع من الملكية الشائعة في البلاد التي يكثر فيها العمران دون أن يتعدى كثيراً دائرة البلد الواحد كما لوحظ ذلك مثلاً بمدينة جرينوبل^(٢) اذ أحيطت بأسوار^(٣) فعمد الاهلون فيها على توسيع صمرانها في رفع المنازل طبقات وتعدد ملاك هذه الطبقات . على أن جمهور المقاولين بها قد لاحظ أنه من أسباب رواج أعمالهم من طريق المضاربة والجرى وراء الربح والمكسب أن يقيموا بذلك البلد عمارات كبرى ذات طبقات مختلفة وأن يبيعوها طبقة طبقة الى الاهالي حتى يسهل على المشتري شراء طبقة واحدة وذلك أولى له من شراء منزل على حدة أو شراء حصة في بيت ولوحظ أن في هذا العمل تسهيلاً على صغار الملاك في امتلاك بيوت بالمدن . وربما نفاً عن هذا النوع من الشيوع في الملك منازعات دائمة بين ملاك الطبقات لادوام الاحتكاك في الانتفاع المشترك . وهذا ما دعا الشارع الالماني الى تقرير الحظر في هذا النوع من الملكية على الشيوع اذ قرر بالمادة ١٠١٤ بدم جواز تقسيم طبقات المنزل الواحد على جملة ملاك . ويرى الناقدون أنه لا عمل لهذا الحظر التشريعي الالماني

لان هذه المنازعات المحتملة ان هي الا نظرية أكثر منها حقيقية وان مايتخاصم فيه ملاك الطبقات أمام القضاء ليس بالشئ الذى يجعل هناك محلاً للتشريع له من طريق التخوف منه ^(١)

ولقد ورد بالقانون الفرنسى نص واحد وهو المادة ٦٦٤ . وبالقانون المصرى المواد ٣٤/٥٥ — ٣٧/٥٨ مدنى . وبالشريعة الاسلامية المواد ٦٤ — ٦٨ من مرشد الحيران

٢٠٩ — في الكيان القانوني لهذا النوع : ليس بين ملاك الطبقات شيوع بالنسبة للدار جميعه . انما يملك المالك طبقته في الدار ولا يملك وحده خلافها . ولكن اذا استقل كل مالك بطبقته فان الشيوع قائم بينهم مع ذلك فيما يتعلق بالاجزاء من المقار التي تعتبر وقفاً على الجميع كالحائط الضخمة والسقف ^(٢) والسلم والباب العمومي ^(٣) والبئر والمرحاض ^(٤) والصاعد ^(٥) وتعتبر الارض التي أقيم فوقها البيت ملكاً شائعاً أيضاً بين جميع الملاك

ولهذا النوع من الملكية خاصية هامة وهي أن الدار الواحد يملكه جملة ملاك وكل مالك مستغل للطبقة التي يملكها . وسند ملكيته اما عقد شراء أو اعلام التوريث . والغالب في هذا النوع من الملكية أن يكون ناشئاً عن الميراث فينتقسم الورثة للمورث الواحد الدار المتخلف عنه فيأخذ البعض الدور العلوى ويختص البعض الآخر بالدور السفلى . ويسمى الاول بصاحب العلو والثاني بصاحب السفلى . فاذا وجد سند التملك أخذ به . واذا لم يوجد وجب الرجوع لنصوص القانون باعتبار أن الشارع قد أملاها بالنيابة عن العاقدين لانها هي التي كان يجب عليهما املاءها على بعضهما البعض فيما اذا نصا عليها بالعقد ^(٦)

(١) كولين وكاتبان ج ١ ص ٧٧٨ Toit (٢) Porte d'entrée (٣) Foss d'aisance (٤) Ascenseur (٥) راجع الالتزامات فيما يتعلق بالنصوص الآمرة Imperatifs والنصوص الاختيارية Supplétifs

وقد عني الشارع بتقرير واجبات كل من صاحب السفل وصاحب العلو

٢١٠ - واجبات صاحب السفل : تقول المادة ٣٤/٥٥ مدني ما يأتي :
 « يجب على مالك السفل ^(١) من طبقات الاماكن ^(٢) اجراء الاشغال ^(٣) والمهارات ^(٤) اللازمة ^(٥) لمنع سقوط ^(٦) العلو ^(٧) . - فاذا امتنع من اجراء المهارات المقتضية لحفظ العلو المذكور ^(٨) جاز الحكم عليه ببيع ما يملكه في المكان . - وعلى كل حال فللقاضي المعين في المواد الجزئية ^(٩) أن يأمر باجراء الاعمال الضرورية » ^(١٠)
 فمن أخص واجبات حق السفل ان لا يعمل على ما فيه تهدم العلو بل بالعكس هو ملزم بالقيام من عنده باجراء الاعمال اللازمة لحفظ كيان العلو . فاذا امتنع اما متعمداً ، أو لعموز نزل به وجب الحكم ببيع سفله . نقول بالجواب ولا نقول بالجواز لان القاضي لا يخرج في حكمه عن البيع على صاحب السفل اذا أبي هذا الاخير ^(١١) ولا يملك القضاء الزامه بالتصليحات ^(١٢) وهذا هو حكم القانون . وربما رأى الشارع ان في اكراه صاحب السفل قضاء على القيام بالاعمال التي تمول دون تهدم العلو اعنائاً بحرية صاحب السفل واكراهاً له على غير ما يريد ولذا لا سبيل هنا الا الى بيع السفل على صاحبه . واذا كانت حالة المقار من الخطورة بحيث يخشى أن يقع من الاضرار المحتملة جاز اتخاذ الاحتياطات اللازمة بواسطة قاضي الامور المستعجلة ^(١٣)

Travaux (٣)	Bâtiment (٢)	Étage inférieur (١)
Chute (٦)	Nécessaires (٥)	Constructions (٤)
Consolidation nécessaire (٨)		Étage supérieur (٧)
Travaux urgents (١٠)		Juge sommaire (٩)

(١١) فتحي زغلول باشا ص ٦٢ الهامش رقم ١

(١٢) أنظر عكس ذلك استئناف ٦ مارس سنة ١٩١٩ م ر ١ ، ٢٢ ، ص ١٥ عدد ٨

(١٣) المادة ٣٤ مدني أهلي تقول بواسطة قاضي الامور الجزئية Juge sommaire .
 لانه هو قاضي الامور المستعجلة . بخلاف المادة ٥٥ مختلط فانها قالت بواسطة قاضي الامور المستعجلة Juges des référés وكان الاولى أن يقول الاهلي كما قال المختلط لانه هو التعبير الاصح

وما القول فيما اذا سقط البناء ؟ وما هو واجب صاحب السفلى فى هذه الحالة ازاء صاحب الملو الذى يستند اليه ؟ — رد الشارع على ذلك بقوله بالمادة ٥٨/٣٧ مدنى ما يأتى : « اذا سقط البناء ^(١) يجب على مالك الطبقة السفلى تجديد بناء طبقته ^(٢) والا جاز بيع ملكه بالمحكمة » . ولم يقل الشارع التزام صاحب السفلى بتجديد البناء عند ارتفاعه . ونظرية الشارع واحدة فى الحالتين . أى اذا امتنع صاحب السفلى عن أداء الاعمال الحافظة لكيان الدور الأعلى ، أو امتنع عن تجديد البناء عند تهدمه ، فلا يكره على شئ من ذلك كله ، انما يباع عليه نصيبه أرضاً وبناء فى الحالة الاولى وأرضاً فى الحالة الثانية

هذه القاعدة فى أن لا يكره صاحب السفلى على القيام بأعمال الصيانة فى مصلحة صاحب الملو (المادة ٥٥/٣٤ مدنى) ولا على تجديد المقار اذا تهدم (المادة ٥٨/٣٧ مدنى) بل يباع السفلى على صاحبه اذا أبى القيام بما كلف به ، قاعدة خاصة بالكمى الطبقات . ويظهر لنا أن التزام مالك السفلى بالقيام بأعمال الحفظ والتجديد التزام تخييرى بالنسبة له ، ان شاء قام به ، أو بيع عليه حقه . أى لا يملك الدائن وهو صاحب الملو الزامه بأعمال الحفظ والتجديد اذا أبى . وعلى ذلك يجب الرجوع هنا الى الالتزامات التخيرية ولا يصح الرجوع ، كما زعم بعضهم الى المواد ١١٧/١٧٣ مدنى وما بعدها الخاصة بالالتزام غير الاختيارى بالنسبة للدائن . لان الاصل أن الدائن يطالب بأصل التزامه عيناً اذا استطاع . فاذا استحال عليه جاز له التعويض . وهو فى حل فى الحالتين من المطالبة بأحدهما باعتبار انه مخير بين طلب الاصل أو التعويض ^(٣) هذا اذا لم يكن الالتزام تخييرياً بالنسبة للمدين . أما اذا كان كذلك فلا اختيار يرجع للمدين لا للدائن . ويبين لنا ان المواد ٣٤—٣٧ مدنى انما أشارت الى هذا النوع بالنسبة للمدين لا للدائن . وبناء على ذلك نرى أنه لا محل لان يتولى صاحب الملو اجراء أعمال الصيانة أو التجديد ثم الرجوع بها على صاحب السفلى ،

أو مطالبته بتعويض ما . لان المواد ٣٤-٣٧ تقرر أحكاماً خارجة عن القاعدة العامة المقررة بالمادة ١١٧ وما بعدها ، أى تعتبر استثناء للقاعدة العامة ولا يرى القضاء المصرى رأينا بما أقرنا عليه فتحن بأشأ زغول كما رأينا. بل يرى القضاء عكس ذلك ^(١) ويقضى بأن المواد ٣٤-٣٧ خاضعة للمادة ١١٧ فيما يتعلق بالتجوز لصاحب العلو بالقيام بأعمال الصيانة والتجديد لا فيما يتعلق بالتعويض، ورجع في التجوز بأعمال الصيانة والتجديد الى المادة ٦٧ من مرشد الخيران، وفي عدم التجوز بالمطالبة بالتعويض الى المحكمة التشريعية التى قلنا بها نحن وهى كما تقول المحكمة ضمن أسباب الحكم المشار اليه : « وحيث أن المحكمة فى هذا ظاهرة وهى أن تكليف صاحب السفن بالبناء والتزامه بالتعويض عند عدمه قد يكون فيه التزام بمستحيل وتكليف بما لا يستطاع لجواز عدم قدرته بالبناء على ذلك . وبديهى أن الالتزام فى مثل هذه الحال لا يميزه عدل ولا قانون » ^(٢) وقد أصاب القضاء فى الشرط الثانى من المبدأ ، وهو عدم الحكم بالتعويض ، ولم يصب فى الشرط الاول منه . لان نقص التعليل فى الثانى هو بعينه للشرط الاول . لانه فى التجوز لصاحب العلو بأن يستعين بالمادة ١١٧ بأن يعمل ما كان يعمل صاحب السفن فيما لو رضى هذا الأخير من القيام بأعمال الصيانة والتجديد ذريعة الى مطالبة صاحب السفن فيما بعد بما أجراه صاحب العلو . فإذا تمذر الدفع على صاحب السفن نفذ عليه خصمه بأنه يبيع بالقضاء والمزاد الجبرى كل ما يملكه صاحب السفن من حق السفن وغيره بما جمعه يده من عقار ومنقول . وهذا لا يتفق البتة مع ذلك التعليل فى عدم التجوز بالمطالبة بالتعويض . وعلى ذلك فالتعليل واحد وهو خشية ارهاق صاحب السفن . وما دام التعليل واحد فيجب أن يكون حكم القاعدة فى شرطها واحداً

هذا ونلاحظ بأن الشارع المصرى لو كان يريد فقط الاخذ بما قرره الشريعة

(١) حكم الاستئناف السابق ذكره فى ٦ مارس سنة ١٩١٦

(٢) م ر ١ ، ٢١ ص ١٦ المامود الثانى

الاسلامية كما ورد بالمادة ٦٧ من مرشد الخيران فما كان يمنعه مانع من النص بعبارة جلية تتفق مع ما نصت عليه المواد ٣٤ - ٣٧ . وأما وقد نص على جمل الاختيار بيد المدين وهو صاحب السفلى فقد أراد بذلك أن يخرج عن القاعدة الاصلية المقررة بالمادة ١١٧ . وسبب الخروج عن الاصل هو شذوذ حالة تملك الطبقات لمنزل واحد عن الحالات العامة للملك العادى . ولأن الشارع يرى ان حالة الاتصال بين المالكين للطبقتين العليا والدنيا من الحالات التى يحصل فيها الواحد قبل الآخر بالتزامات مرهقة لو أطلقت خاضعة لحكم المادة ١١٧ اذ يترتب عليها ليس فقط بيع السفلى على صاحبه بل وبيع ما يملكه من أملاك أخرى . وهذا هو الذى « لا يجيزه عدل ولا قانون » كما كان قد يجب أن يقوله حكم مارس سنة ٩١٩ المذكور

هذا ولا يلزم صاحب السفلى بالصرف على حفظ منافع صاحب العلو ، تلك المنافع التى يتحمل صاحب السفلى مضايقاتها بحكم الارتفاق^(١) وإذا تهدم البناء بفعل القدم^(٢) أو قررت مصلحة التنظيم هدمه لتداعيه للسقوط بفعل القدم أيضاً فلا محل لالزام صاحب السفلى بالتجديد بالمادة ٥٨/٣٧ مدنى اذ يجب الاخذ فى هذه الحالة بقاعدة الهلاك على المالك^(٣) لانه لا يؤخذ بالمادة ٣٧ الا اذا كان التهدم بقوة قاهرة أو حادث جبرى أى بغير سبب قدم الدار وإذا كانت حالة الدور العلوى سيئة فلا يلزم صاحب السفلى بدفع جزء من مصاريف الاصلاح^(٤) لان سوء الحالة يجب أن يتحمل به المالك وهو صاحب العلو سواء كان ناشئاً عن سبب جبرى أو قهرى أو بفعل صاحب العلو . ولأن صاحب السفلى لا يلزم بما يخرج عن المواد ٣٤ - ٣٧ . وسوء الحالة ليس داخلاً فيها . والمواد هذه استثناء كما قلنا فيجب أن لا تتعدى الحالات التى وضعت لها ولا نظن الاخذ هنا بنظرية الاثراء بلا سبب لانه اذا فرض وعادت منفعة على

(١) ج ع ٣ ص ٥٦٩ ن ٥٩٥٧ فيما يتعلق بمواسير تصريف مياه الدور العلوى على الدور السفلى (٢) Vétusté (٣) Res perit domino ج ع ٣ ص ٥٦٩ ن ٥٩٥٨ (٤) ج ع ٣ ص ٦٩٠ ن ٥٩٦٠

صاحب الدور الاسفل فانها راجعة الى انه مالك لشطر من البيت . وتشبه هذه الحالة حالة المؤجر المالك اذا عاد اليه عقاره وبه اصلاحات أجراها المستأجر . اذ لا يلزم المؤجر بشيء ما . لان الزيادة الحاصلة للعقار تعتبر ملكا له ، ولا يؤخذ فيها بنظرية الاثراء بلا سبب ، لان السبب في ملكيته لهذه الزيادة انما هو من الايجار الصادر منه قبلا^(١)

وما دام ان هذه المواد ٣٤ — ٣٧ وردت خاصة باحوال معينة فلا يصح الاخذ بها في غير مقررته . فاذا تهدم العلو وظل السفلى متينا ومنعت مصلحة التنظيم صاحب العلو من اعادة دوره مراعاة لخط التنظيم فلا يملك صاحب العلو الزام صاحب السفلى على هدم سفله وتجديد البناء على خط التنظيم الجديد . قلنا لا يملك صاحب العلو ذلك وعلى الاخص اذا تبين ان مصلحة التنظيم لا ترى الزام صاحب السفلى بالهدم لان دوره متين ، أو رأت هدمه فقرر القضاء عدم الهدم لمتانته^(٢) . كل ذلك لان المادة ٣٧ انما هي خاصة بحالة معينة وهي هدم البناء كله

ويظهر انه يجب الافتراض في الحالتين السابقتين ان صاحب السفلى لم يكن متعديا على العلو . أى ان الخلل الذى حصل بالدور الاسفل أو التهدم الذى شمل البيت كله وقع بفعل قوة قاهرة أو حادث جبري . فاذا تسبب في تصدع حوائط العلو وعمل على تدهورها في الحالة الاولى — أو تسبب في سقوط البناء في الحالة الثانية وكان في الاثنتين متعمداً أو مخطئاً خطأ جسيماً مما يلحق بالعمد ، فلا نظن انه يصبح في حل من الانتفاع بهذا الامتياز الذى منحه الشارع في أن لا يكره على الاصلاح ولا على تجديد البناء . ونرى جواز منع صاحب العلو القيام اما بالاعمال اللازمة لحفظ العلو واما بتجديد الدار عند تهدمه بمصاريف يلزم بها صاحب السفلى . فاذا لم يدفع تقضى صاحب الملا عليه الحكم بالمصاريف برمتها كما تنفذ الاحكام العادية . أى يطلب بيع السفلى وما يمتلكه من عقارات أخرى أو منقولات حتى

(١) الالتزامات من ٦٥١ ن ٧٠٧

(٢) استئناف ١٧ يناير سنة ١٩١٢ م ر ١٣ ، ١٣ من ٩١ عدد ٤٤ — هذا والحكم

نفسه منشور بمجلة الحقوق ٢٧ من ١٧٨ ومنوه عنه في مجموعة جلال الثانية من ٢١٩ ن ٥٧٠

يحصل على تمام حقه . وأما في حالة القوة القاهرة أو الحادث الجبرى فلا يملك صاحب العلو خلاف بيع السفلى ليس الا لأكثر (والمادة ٦٤ من مرشد الخيران تؤيد وجهة نظرنا في حالة اعتداء صاحب السفلى . وأما المادة ٦٥ / فقرة أولى فلها مضطربة في صدرها مع عجزها . اذ يتفق صدرها مع المادتين ٣٤ و ٣٧ مدنى ويختلف عجزها معها)

ومن واجبات صاحب السفلى ما قرره الشارع بالمادة ٣٦/٣٧ مدنى ما يأتى :
« على مالك الطبقة السفلى اجراء ما يلزم لصيانة السقف^(١) والاشخاب الحاملة له^(٢) اذ انها تعتبر ملكا له »^(٣) والقانون يفرض فرضاً يقبل الدليل العكسى^(٤) أن صاحب السفلى يملك أخشاب السقف فعليه صيانتها لما فيه حفظ العلو من التصدع والتدهور . فاذا أهمل صاحب السفلى فما هو الجزاء ؟ لم يقل الشارع شيئاً . وظننا انه يجب الاخذ بما قررناه في الحالتين السابقتين مع مراعاة صاحب السفلى وغلظه الجسيم أو القوة القاهرة والحادث الجبرى

٢١١ - في واجبات صاحب العلو : قال الشارع بالمادة ٣٥/٥٦ مدنى ما يأتى : « لا يجوز لصاحب العلو^(٥) من الاماكن ان يزيد في ارتفاع بنائه^(٦) بحيث يضر بالبناء الاسفل » وبهذا المعنى المادة ٦٨ من مرشد الخيران . بمعنى انه يجوز له البناء فوق طبقته على شرط أن لا يضر صاحب السفلى وان يتحمل وحده بالمصاريف^(٧) . ثم قررت المادة ٣٦/٥٧ مدنى ما يأتى : « وعلى مالك الطبقة العليا صيانة أرضية طبقته من بلاط^(٨) أو ألواح^(٩) وعليه أيضا اجراء ما يلزم لصيانة السلم^(١٠) من ابتداء الموضع الذى لا ينتفع به صاحب الطبقة السفلى » وما هو الجزاء فيما اذا خالف صاحب العلو ما حظره عليه القانون ، سواء كان متمعداً أو مخطئاً خطأ جسيماً ، أو وقع ما وقع منه بسبب القوة القاهرة أو الحادث الجبرى ؟

(١) Entretien le plafond (٢) Poutres (٣) Présupposés

(٤) Juris tantum (٥) Étage supérieur (٦) Surélever

(٧) كولون وكابتان م ٧٨٠ (٨) Carrelage (٩) Plancher

(١٠) Escalier

لم يقل الشارع شيئاً وظننا أنه لا محل مطلقاً في أن يعامل صاحب العلو بطريقة مخالفة لما طامل به القانون صاحب السفل

وإذا اشترك صاحب العلو مع صاحب السفل في منافع مشتركة بينهما من حيث الارتفاع بالمنزل وجب على كل منهما القيام بالصرف على صيانتها . وعند الإباه يكره بالقضاء ^(١)

والعوائد تدفع من المالكين معاً للحكومة ولا يلزم بها الواحد دون الآخر . ومقدار ما يصيب كلا منهما يرجع لمقدار طبقته وقيمتها بالنسبة للطبقة الأخرى وقيمتها أيضاً ^(٢)

والمادة ٥٥/٣٤ و ٥٦/٣٧ و ٥٨/٣٧ خاصة بالواجبات التي تتعلق بكل منهما على حدة . وأما المادة ٥٧/٣٦ خاصة بالواجبات التي يشترك فيها الى المالكين معاً . أى ان على كل منهما واجبات خاصة وعليهما معاً واجبات عامة ^(٣) والواجبات الخاصة ترجع في اصلها الى الاخذ بنظريات الالتزامات الجوارية التي سبق لنا التكلم عليها . بمعنى انه يجب على كل مالك من الطبقتين أن يتحمل من مضايقات جاره بقدر ما يحتمله الجوار والتلاصق بين ملكيهما ، فلا يجوز لصاحب السفل أن ينشئ شباك له ، مظلة ^(٤) لهذا الشباك من الزجاج أو الحديد بما يترتب عليها ضرر لصاحب حق العلو في منعه من رؤية الشارع والنظر اليه من جهة المنزل ^(٥) وفي مضايقته من عكس الضوء اليه بفعل المظلة ^(٦) وفي تعريض طبقته لتسلق السارقين ^(٧)

(٢) والخاصية الثانية لهذا النوع من الشيوع في الملكية ان المالكين للطبقات حقاً أوسع من حيث الاستعمال للشيء المملوك لهم جميعاً ، أوسع بكثير مما هو مقرر للمالكين على الشيوع العادى . وربما استطاعوا بهذا الحق الواسع في الاستعمال احداث تعديل ^(٨) أو تغيير ^(٩) بالاجزاء المشتركة بينهم على شرط أن لا يترتب على

(١) فتحي باشا ص ٦٢	(٢) كولين وكابتن ج ١ ص ٧٧٩
(٣) كابتن ص ٧٧٩	(٤) Auvent أو Trottoir (٥)
(٦) Réverbération	(٧) د ، ٩٨ ، ٢ ، ٤٣١ — ص ٩٩ ، ٣٧٢
(٨) Modifier	(٩) Transformer

ذلك ضرر للجيران عند انتفاعهم بها وأن لا يكون من شأن التعديل والتغيير اخراج الشيء مما أعد له أصلا من حيث انتفاع الجيران به . وعلى ذلك يجوز للشركاء أن يضعوا أسلاكا كهربائية بالحيطان الأساسية للمنزل وأن يضعوا فيها أنابيب للغاز وأن يحدثوا بهذه الحيطان فتحات غير نافذة لوضع تمثال أو غيره^(١) أو لوضع مدخنة شتوية^(٢) ويجوز للمالك الدور الأعلى أن يبنى فوق طبقته بشرط أن يتحمل وحده بالمصاريف وبشرط أن لا يترتب على عمله ضرر بصاحب السفلى (المادة ٥٦/٣٥ مدني)^(٣)

وعلى العكس مما تقدم لا يجوز للمالك الدور الارضى^(٤) اذا جعله قهوة أن ينشئ بالحائط الأساسية المشتركة للمنزل وبالقسحة العامة للملاك^(٥) محلات راحة^(٦) تترتب عليها مضايقات محتملة من ذهاب وجيئة من يقصدون هذه المحلات ، الامر الذي يضايق أصحاب الطبقات مضايقة لا يسهل معها الانتفاع بالمنافع المشتركة بالطريقة التي أعدت لها هذه المنافع^(٧)

٣) والخاصية الثالثة والاخيرة لهذه الملكية على الشيوع فيما يتعلق بطبقات الدار أن هذا النوع من الشيوع لا يظل دائما الى ما لا نهاية لان دوامه ينقطع حيث يزول البناء . فاذا زال البناء أصبح ملاك الطبقات بالنسبة للارض التي كانت مشغولة به في حالة شيوع مادي يجوز معها لـكل واحد منهم الحق في طلب القسمة

ج - النوع الثالث . ملكية الحائط المشتركة

٢١٢ - سبق لنا أن تكلمنا على هذا النوع من الملكية فلا حاجة للعودة اليه^(٨)

(١) Niche (٢) Cheminée (٣) د ، ٩٩ ، ٢ ، ٤٤٠ — س ،
Corridor (٥) Rez-de-chaussée (٤) ١٤١٢ ، ٩٠٠
(٦) Cabinets d'aisance (٧) كتابتان من ٧٨٠ — د ، ٩٩ ، ٢ ، ٤٤٠
— س ، ٩٠٠ ، ٢ ، ١٤١ (٨) دى مجلس ج ٣ ص ٣٧٠ ن ٢٨

حق السطح وحق العمق

٢١٣ - قلنا ان للملكية صور مختلفة^(١) وان أهمها اثنان : الشيوع وقد اثبتنا منه على اختلاف أشكاله . وحق السطح^(٢) . والآن نتكلم على هذا الأخير

وحق السطح^(٣) أو حق الحكر الفرنسى^(٤) هو أن المالك للسطح^(٥) ينتفع بسطح الارض^(٦) . وأما تحت الارض^(٧) أو العمق^(٨) فانه مملوك لمالك آخر يسمى مالك العمق^(٩) وهذا النوع من الملكية مأخوذ من الرومان ولم ينص عليه القانون المدنى الفرنسى ولا المصرى . وهو على صورتين

الصورة الاولى : هو السطح غير الظالم : يحصل أن يكون لمالك السطح حق الملكية لبعض الاشياء الموجودة فقط على سطح الارض بطريقة مستمرة مثل المفروسات^(١٠) والمباني . ولا يتمشى حق الملكية هذا على سطح الارض كله . وتقع هذه الصورة على الأخص من الوجهة العملية فى الايجار مع التصريح للمستأجر بالبناء^(١١) . ويقع ذلك أيضاً ببعض المقاطعات بفرنسا اذ اعتاد بعض أفرادها على أن المالك العقارى^(١٢) يتنازل للغير عن سطح الارض لزراعتها . ويسمى الغير هذا مستأجراً من نوع خاص^(١٣) ويدفع جعلاً دورياً مستمراً للمالك بعد الاتفاق معه عليه^(١٤) ليكون بمثابة ايجار^(١٥) ويتراضى الاثنان على أن المستأجر يصبح مالكا لما ينشئه بنفسه من المفروسات والمباني^(١٦)

(١) Modalité (٢) Droit de superficie (٣) Dr. de superficie

(٤) وهو يشبه أيضاً [emphytheose أى الحكر الفرنسى

(٥) Superficiaire (٦) Surface (٧) Dessous

(٨) Tréfonds (٩) Tréfoncier (١٠) Plantations

(١١) Bail avec permission de bâtir (١٢) Propriétaire

(١٣) Colon أو Domanier (١٤) Rente convenancière

(١٥) Fermage (١٦) كولون وكابتنان ج ١ ص ٧٨٩ - ٧٩٠

المصورة الثانية : هو السطح الظاهر :وهنا يتمشى حق المنتفع على سطح الارض جريعه ويبقى لصاحب حق العمل الحقوق الآتية : (١) حق الانتفاع بما تحت الارض^(١) كالأحجار^(٢) على شرط عدم الاضرار بصاحب السطح - (٢) حق استغلال ما تحت الارض باعتباره منجها من المناجم . ويتقاضى نظير ذلك جملاً معيناً^(٣)

ومن حيث الكيان القانوني لحق السطح والعمق يقول البعض بأنه حق انتفاع^(٤) وعلى الاخص اذا كان حق السطح غير كامل . ويرى « كابتان » و« كولن » غير ذلك اذ يعتبران أن كلا من الحقين حق مستقل عن الآخر باعتباره حق ملكية متميز عن حق الملكية الآخر^(٥) ويترتب على هذا الرأي الاخير أن حق السطح لا ينقضى بعدم الاستعمال^(٦) مدة التقادم كما ينقضى عادة حق الانتفاع . وان حق السطح حق دائم^(٧) لانه اذا اعتبر حق انتفاع لوجب اعتباره حقاً مؤقتاً غير دائم وأن صاحب حق السطح هو الذى يستفيد وحده دون صاحب حق العمق من الجعل الخاص بالمنجم الكائن تحت السطح

وما دام ان الحقين متميزان فلاشروع بينهما حينئذ . وعلى ذلك يجوز للمالكين أن يتفقا على ان يظلا هكذا بجوار بعضهما البعض الى ما لا نهاية . لأن الخطر المقرر بالمادة ٦٢١/٧١١ مرفعات و٨١٥ مدنى فرنسى ، وهو الخطر الخاص بعدم جواز الاتفاق على البقاء فى الشيوع بقاء دائماً غير محدود بزمن وفيما يزيد عن خمس سنوات فقط ، حظر لا محل للاخذ به فى حالة غير حالات الشيوع^(٨)

ولهذين الحقين تشريع خاص بفرنسا بمقتضى قانون ٨ فبراير سنة ١٨٩٧ يجوز للمالك العمق حق اخراج مالك السطح من الارض نظير تمويل يدفع له فى مقابل

Redevance minière (٣)	Carrières (٢)	Sous-sol (١)
٣٦٩ ، ١ ، ٩١ ، س — ٢١٩ ، ١ ، ٩٢ ، د (٥)		Usufruit (٤)
Perpétuel (٧)	Non-usage (٦)	Labbé ومقال
		(٨) س . ٧٤ ، ١ ، ٤٧ ، ومقال لاييه Labbé

ما تركه من المباني والمغروسات . ويجوز أيضاً لصاحب السطح حق ترك الأرض لصاحب حق العمق

حق السطح والعمق

بالقانون المصري

٢١٤ — لا يعرف القانون المصري هذا الحق . أما يشابهه حق السطح مع الحكر بمصر^(١) ولذا يصح ان نسمى حق السطح الفرنسي بالحكر الفرنسي للجامعة التشابه الحاصل بين النوعين

(٣) في حق الانتفاع

١ — تمهيد

٢١٥ — في تعريف حق الانتفاع : قال الشارع بالمادة ٢٩/١٣ في تعريف حق الانتفاع ما يأتي : « الانتفاع هو حق المنتفع في استعمال ملك غيره واستغلاله »^(٢)

ومن مقارنة النصين العربي والفرنسي لهذا التعريف نجد ان هناك فرقا ظاهراً في التعبير . وكان يجدر أن يكون النص العربي كما يأتي حتى يكون مطابقاً لنصه الفرنسي الذي وضع أولاً : « الانتفاع هو حق استعمال واستغلال مال مملوك الرقبة للغير »

وعرف القانون الفرنسي حق الانتفاع بما يأتي : « الانتفاع هو حق استغلال أشياء يملكها شخص آخر كما يستغلها مالكها نفسه ، ولكن على شرط المحافظة على كيانها » وهذا التعريف الفرنسي هو نفس ما قرره الرومان وكما ورد بالكتاب

(١) دى هاس ج ٤ ص ٣٢١ دون الاشارة الى نبذة لان كل ما ورد بهذا الفصل نبذة واحدة — دى هاس ج ٣ ص ٥٧٠ ن ٢٧ — دى هاس ج ٤ ص ٣٩٢ ن ١٥ في باب حق الانتفاع تحت عنوان عقود الحكر (٢) وورد بالنسخة الفرنسية لهذه المادة ما يأتي :

L'usufruit est le droit d'user et de jouir d'un bien dont la nue propriété appartient à un autre.

الذى أعد لطلبة الحقوق بروما في عصر جوستينيان (١)

وينتج من تعريف حق الانتفاع هنا وهناك أن هذا الحق هو شرط من الملكية يحتفظ بركنين من أركانها الثلاثة وهما حق الاستعمال (٢) وحق الاستغلال (٣) ولا يبقى حينئذ لدى المالك الاصلى الا حق التصرف (٤) وهو شيء قليل بجانب ما احتفظ به المنتفع من الحقلين الآخرين . ولذلك سمي المالك بمالك الرقبة (٥) لانه أصبح محروماً من التمتع بالمزايا الاصلية للملكية . فاذا جاء مشتر واشترى الشيء من صاحب الرقبة وجب عليه احترام حق المنفعة المقرر على الشيء ولذا يباع ببض الثمن وعلى الاخص فيما اذا كان المنتفع في ريعان سنه . وقصارى القول ان أكبر أثر لحق التصرف الذى استبقاه بيده مالك الرقبة هو أن يكون حائلاً (٦) بين المنتفع وبين محاولة هذا الاخير في ادخال تغييرات وتعديلات بالشيء . وفوق ذلك فان لمالك الرقبة فوق ماله من حق التصرف ، مصلحة ضئيلة وهى حقه فى الحصول على بعض أثمار الشيء (٧) وهى ليست بالأثمار الحقيقية للشيء (٨) ولكنها تقلت على كل حال من يد المنتفع . ومما تقدم رى ان الشيء المحمل بحق الانتفاع يصبح وقد نزلت قيمته الاقتصادية بقدر ما نزع من المالك من حق الاستعمال والاستغلال

وتهبط قيمة الشيء على الاكثر فيما اذا كان حق الانتفاع دائماً ومؤيداً . ولذا يعمل الشارع على ان لا يرضى الا بالانتفاع المؤقت . وأكبر أجل له عينه الشارع هو حياة المنتفع بحيث يزول الانتفاع مع موته (المادة ١٦/٣٣ مدنى و٦١٧ فقرة أولى فرنسى) ولهذا كله يسمى حق الانتفاع بأنه حق شخصى بطبيعته (٩) لا يقبل الانتقال الى ورثة المنتفع . ولكن لا يصدق ذلك على ما قرره الشارع

Jus abutendi (٤)	Juissance (٣)	Usage (٢)	Institutes (١)
	Nu-proprétaire (٥)		Droit de disposition أى
Fruits (٨)	Produits (٧)	Force d'inhibition (٦)	Droit personnel (٩)

المصرى فى أنه يجوز للشخص المالك أن يوصى بوصية له قبل وفاته بحق الانتفاع لورثته أو لغيرهم ولورثة المنتفعين حتى ينقضوا عن آخرهم بحيث تبقى الرقبة لحل خيرى ^(١) تابع لوزارة الاوقاف . وتصبح هذه الوزارة مالكة للملكية بتماها رقبة وانتفاعا بعد انقراض الموصى اليهم بالانتفاع (المادة ١٧/٣٤ مدنى) بخلاف القانون الفرنسى فانه قرر بأن أجل الانتفاع لا يطول أكثر من ثلاثين سنة اذا كان المنتفع شخصاً أدنياً ^(٢) (المادة ٦١٩ مدنى فرنسى) وعلى ذلك هو يحل الانتفاع الدائم . والسبب فى هذا الاختلاف بين القانونين ان القانون المصرى يعترف بنظرية الوقف الاسلامية بخلاف القانون الفرنسى فانه يجهلها تماماً .

واذا كان حق الانتفاع بطبيعته حقاً شخصياً يدوم بدوام صاحبه ويزول بوفاة يصبح حينئذ صاحب الرقبة فى حالة يمكن له معها التصرف فى رقبة الشيء اما برهنه رهناً رسمياً أو بغير ذلك لأنه يأمل رجوع الانتفاع اليه فتصبح الملكية لديه كاملة ورقبة وانتفاع

على ان الانتفاع فى ذاته ليس مما يتفق وحسن ادارة الاملاك واستثمارها أحسن استثمار . لان المنتفع انما يعمل مدة الانتفاع على أن يأخذ من الشيء أكبر ما يمكن أخذه من الغلة فيغلو فى طرق الاستغلال بما ينهك الشيء ويضعفه ، مادام أن الشيء لا بد خارج من يده بانقضاء الاجل المضروب له . وربما ظهرت آثار الاضرار فى طريقة الارهاق فى الاستثمار اذا كان محل الانتفاع أرضاً زراعية ، اذ لا يزال صاحب الانتفاع وراء الارض بتحميلها أكثر مما تطيق حتى اذا ما حان وقت انقضاء الاجل أصبحت وليس لديها من القوة بقدر ما كان لها من قبل . ولا يفكر المنتفع فى أن يحسن من الارض ويعمل على أن تكون يده خلفه مثمرة أحسن ثمار كما كانت يده . ونظراً لهذه الشوائب الجمة التى تعيب نظام حق الانتفاع لا يرمقه الشارع بعين الرضاء الكاملة لما فيه من بخس القيمة الاقتصادية للعقارات

Établissement (١)

Patrimoine de main-morte أى Personne moral (٢)

والنزول بأقدارها الى ما يحتمل أن تتأثر منه الثروة العامة . وربما يفسر ذلك أيضاً ما عني به الشارع في تقرير أحوال عدة تجعل حق الانتفاع يسقط من يد صاحبه اذا ما خالف قيوداً تغل يده دون الاسراف في الانتفاع على غير حذر على أنه مع ذلك لا يجوز الاستغراق كل الاستغراق في بيان عيوب^(١) هذا النظام ، تلك العيوب التي لا تبين على الأكثر الا في حالة المقارنات الزراعية ومحلات الصناعة والتجارة ، وأقل منها المقارنات بالمدن . وأقل من ذلك كله المنقولات وربما كان لحق الانتفاع لون آخر تبين منه فائدة ظاهرة فيما اذا كان الغرض منه ضمان حياة صاحب الانتفاع وتوكيد قوته لديه ، فبأمن بالغلة غوائل العسر ويطمئن طول حياته من أن ينزل به العوز . وفي ذلك ضمان أيضاً لصاحب الرقبة حيث ان الملكية ستكون لديه كاملة في الانتفاع والرقبة فلا يطول خوفه الا قليلا . لذا كان نظام حق الانتفاع من الانظمة التي لا تنفك عن خاطر الشارع المدني اذ لا يفوته أن ينظم من شأنه ويعني بأمره من تقرير أحكامه واحكام اصوله ، أخذاً عن مشرعي الرومان وهم أول من وضعوا له أساساً وأحكموا له بنياناً . هذا وقد دل الاستقراء لاحصائيات المنازعات القضائية في حق الانتفاع ان عددها قليل جداً بين أصحاب الرقبة واصحاب الانتفاع . وربما كان السبب الأكبر في ذلك متانة أصوله التي وضعها الرومان أولاً . وقد يضاف الى ذلك ايضاً ان المالكين للشيء انتفاعاً ورقبة تصلهم ببعضهم البعض لحة القرابة وأواصر النسب . ولكن اذا صح اعتبار الوقف بمصر شكلاً من اشكال حق الانتفاع وراجعنا احصائيات المنازعات فيه لرأينا سجلات المحاكم وقد فاضت بما يقوم بين جماعات المستحقين ونظار الوقف من المنازعات المختلفة . وربما نشأ عنها ما يصل الاثر في الاضرار منها الى الغير كالمستأجر بما يجمله هذا الاخير من شروط قبوت في حجج الوقف ، ومن احكام فقهية قديمة أصبحت ولا تلتئم مع ضرورات العصر الحاضر ونمو الحركة الاقتصادية وضرورة الاخذ بيد من كان حسن النية كما سيأتي ذكر ذلك فيما بعد

وقد نقد الشارحون الفرنسيون تعريف شارعهم لحق الانتفاع بالمادة ٥٧٨ اذ لاحظوا عليه في « أن صاحب حق الانتفاع ينتفع بالشيء كما ينتفع المالك » تعبيراً لا يتفق مع حقيقة هذا الحق لأن صاحب الانتفاع ممنوع من حق التصرف وهو الحق الذي يبقى بيد صاحب الرقبة بعد زوال حق الاستعمال والاستغلال كما رأينا . وفوق ذلك فإن صاحب حق الانتفاع ملزم بأن يستغل الشيء كرب الأسرة المعنى بأمره^(١) أي لا يسرف في الاستغلال بما يعود بسوء الأثر على الأرض فيضر بها بل يعنى بها عناية المالك بملكه . وربما أراد الشارع الفرنسي بهذا التعبير في أن صاحب الانتفاع يستغل الشيء كما كان يستغله مالكة بحيث لا يغير ولا يبدل فيه ولا يمس ما أعد له المالك الاصل . وربما تأيد ذلك بقول الشارع في آخر المادة بأن صاحب الانتفاع ملزم بالمحافظة على كيان الشيء باعتبار أن هذا التعبير مقيد للمنتفع

على أن الشارع المصري قد أحسن في اختيار تعريف لا يفتح ابواب النقد عليه اذ رأى أن لا يأتي بهذا التعبير الذي قامت حوله ضجة الناقدين من حملة القانون الفرنسي وشراحه

ومع ذلك فسترى فيما سيأتى أن هناك نوعاً من الانتفاع يسمى شبه حق الانتفاع^(٢) حيث تطلق فيه يد المنتفع فيصبح هذا الأخير والمالك سواء في الاستغلال

٢ - في تقرير حق الانتفاع

٢١٦ - يتقرر حق الانتفاع اما بعقد واما بوصية . فان كان بعقد وجب أن يخضع هذا العقد لاحكام الاثبات فيما اذا زادت قيمته عن ١٠ جنبيات أى يكون كتابياً أو مشفوعاً بمبدأ دليل بالكتابة . وان كان وصية فلا بد فيه أن يكون بالكتابة لان الوصية لا تثبت الا بالكتابة (المادة ٣٢ من لأئحة المحاكم

الشرعية الصادرة في ٧ مايو سنة ١٨٩٧ والمبدلة بقانون سنة ١٩١٠^(١)

ولصحة عقد الانتفاع يجب أن تراعى أوجه صحته من جانب المالك ومن جانب المنتفع أيضاً. فيجب لصحة الانتفاع من جانب المالك أن يكون ذا أهلية في التصرف في أملاكه بالمعاملات مع الافراد بيعاً ورهنًا وغير ذلك. وذا أهلية من حيث الايضاء والتبرع. ومن جانب المنتفع يجب أن يكون مولوداً وقت تقرير حق الانتفاع. وتقول في ذلك المادة ١٦/٣٣ مدني ما يأتي: « لا يعطى ذلك الحق الا لشخص أو أكثر موجود على قيد الحياة وقت الاعطاء^(٢) وينتهي على كل حال بوفاته ان لم يكن له ميعاد محدد قبل الوفاة المذكورة » بمعنى أن الانتفاع لا يجوز لمن لم يولد بعد حتى ولو كان جنيناً. وان كان الانتفاع مقرراً بوصية فانا نرى أن هذا الانتفاع لا يصح الا بشرطين. أولاً أن يكون الموصي حياً يرزق وقت الايضاء. ثانياً أن يكون كذلك حياً يوم وفاة الموصي. لان الوصية لا تتحقق الا بوفاة الموصي أخذاً بالقاعدة الشرعية المعروفة « الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع » (المادة ٥٣٠ قدرى باشا في الاحوال الشخصية) اذ يجوز للموصي العدول عن الوصية والرجوع فيها (المادة ٥٤٤ قدرى باشا). ولا يكفي أن يكون الموصي اليه حياً وقت وفاة الموصي بل يجب عليه أن يقبل أو يرد. فاذا مات قبل القبول أو الرد دخل الموصي به في ملك ورثته (المادة ٥٤٣ الفقرة الاخيرة من كتاب قدرى باشا)

٣ - في حق الانتفاع باعتباره حقاً ارتفاقياً

ونحقيقاً عينياً ومقارنة المنتفع بالمستأجر

٢١٧ - اتفق الشارحون من زمن على أن حق الانتفاع حق عيني^(٣)

وارتفاق شخصي^(٤)

(١) مجموعة عياشي ص ٤٠٧ ن ١٨٤٣

(٢) Nées (٢) Dr. réel (٣) Servitude pesonnelle (٤)

أما كونه حقاً عينياً : فقد قال به الرومان باعتباره شطراً من الملكية . ولا يتحقق ذلك الا اذا انصب على الاشياء الخاضعة لحق الملكية أى الأشياء المادية ^(١) . على أننا سنرى أنه يجوز أن يقع على أشياء معنوية ^(٢) كالديون ^(٣) والمحلات التجارية ^(٤) وحقوق المؤلفين وغير ذلك . واذا دققنا النظر في التعبير فلا يصح أن يقال بأن الانتفاع حق عيني اذا تمشى على نوع من هذه الأنواع المعنوية . واذا قلنا بعدم جواز نفعه في هذه الحالة بالحق العيني فان لحق الانتفاع مع ذلك جميع الامتيازات الاصلية ^(٥) والمميزات الخاصة بهذا النوع من الحق ، الحق المعنوي ، وذلك فيما يتعلق بحق الاولوية ^(٦) وحق التدبّع ^(٧) . فاذا تقرر حق الانتفاع على دين وحصل تحويل هذا الدين وجب على المحول اليه ^(٨) ان يحترم حقوق صاحب الانتفاع المقررة له عليه . ولذا لا فائدة من هذا الاحتياط في أن حق الانتفاع لا يعتبر حقاً عينياً الا اذا انصب على شيء مادي

ولقد جرت عادة الفارحين من زمن على مقارنة صاحب الانتفاع بالمستأجر لما بينهما من رابطة الشبه الظاهري باعتبار أن المستأجر ينتفع هو الآخر بالشيء المملوك للغير . ومع القول بوجود شبه بين المنتفع والمستأجر ^(٩) فان هناك اختلافاً بين الاثنين . وبيان ذلك :

- ١) يختلف الانتفاع عن الايجار اختلافاً موضوعياً يرجع الى أن الايجار بمقابل ^(١٠) بخلاف الانتفاع فانه يقع في الغالب بلا مقابل بحكم القانون أو بوصية أو بهبة . وهذا الفرق ليس من أصل الانتفاع وطبيعته اذ يجوز أن يقع بمقابل
- ٢) ولان حق الانتفاع حق عيني فهو اذن يتصل بالشيء المحمل به اتصالاً

Biens incorporels (٢) Objets corporels (١)

Fonds de commerce (٤) Créances (٣)

Droit de préférence (٦) Prérrogatives essentielles (٥)

Cessionnaire (٨) Droit de suite (٧)

A titre onéreux (١٠) ١ الهامش جرائع ولان في المقود ص ١١٨

محكما حيث ينصب عليه تمام الانصباب دون وساطة أى وسيط . اذ يجب على المالك أن يتحمل فقط انتقاص ملكيته ، وهو على ذلك لا يلتزم بالتزام ما أزاء المنتفع . وحالة المنتفع هذه تشبه حالة المستأجر بالقانون المصرى فى أن المؤجر لا يلزم بتمكين المستأجر من الانتفاع^(١) بل يلزم فقط بتركه ينتفع^(٢)

(٣) بما أن الانتفاع حق عيى فهو اما عقارى أو منقول تبعاً للشيء المحمل به . وأما حق المستأجر فهو دائماً حق منقول^(٣) لانه حق دائنيه^(٤) يربط شخصين بعضهما البعض حتى ولو كان محل الايجار عقاراً

(٤) وبما أن الايجار حق شخصى فهو لا يكون حجة الا على المؤجر وورثته . وأما الانتفاع وهو حق عيى فهو حجة على كل حائز للشيء محل الانتفاع . على أن الايجار يكون حجة هو الآخر على المشتري فيما اذا ثبت تاريخه (المادة ٣٨٩ / ٤٧٤ مدنى و ١٧٤٣ فرنسى) وذلك لاعتبارات اقتصادية

(١) faire jouir

(٢) Laisser jouir وهذه القاعدة التى قررها القضاء المصرى مستفادة من تعريف الاجارة الوارد بالمادة ٣٦٢ / ٤٤٥ مدنى . ومن المادة ٣٦٩ / ٤٥٢ الخاصة بترك المؤجر للشيء المؤجر بالحالة التى هو عليه . ومن المادة ٣٧٠ / ٤٥٣ مدنى الخاصة بدم الزام المؤجر بعمل أى اصلاح ما وبفسخ عقد الايجار أو تنقيص قيمة الايجار عند حصول تلف الشيء المؤجر . على أن القضاء المصرى يدل أحياناً على التخفيف من وطأة هذه القاعدة : جرائم لولان فى العقود ص ١١٩ ن ٣٣٢ . وهذه القاعدة المصرية على تقييد القاعدة الفرنسية المقررة بالمادة ١٧١٩ مدنى فرنسى وبالمادة ١٧٢٠ — أما عن أحكام الشريعة الاسلامية فقد ورد بالمادة ٥٢٩ من المجلة ما يؤيد المذهب الفرنسى اذ نصت هذه المادة على ما يأتى : « أعمال الاشياء التى تخلف بالمنفعة المقصودة طائفة على الأجر . مثلاً تطهير الرحى على صاحبها كذلك تعمير الدار وطرق الماء الخ . (أنظر كتاب شرح المجلة ج ١ ص ٢٦٨) ولكن جاء بالمادة ٥٣٢ من كتاب مرشد الحيران لقدرى باشا ما يؤيد القاعدة المصرية اذ قررت هذه المادة ما يأتى : « على المؤجر بعد قبضه الاجر المسمى المشروط بتجيبه أن يسلم للمستأجر العين المؤجرة بالحياة التى رآها عليها وقت العقد . . . » وقالت المادة ٥٣٥ من مرشد الحيران « لا يجبر صاحب الدار المؤجرة على عمارتها وترميم ما اختل من بنائها واصلاح ميازيبها وان كان ذلك عليه لا على المستأجر لكنه اذا لم يفعل . . . » وبهذا المعنى أيضاً المادة ٥٣٦ من الكتاب المذكور

Dr. de créance (٤)

Dr. mobilier (٣)

٢١٨ - وأما كونه من الانتفاع من ارتفاق : فقد قال به الرومان أيضاً
 إذ يقولون بأن حقوق الارتفاق طائفتان : حقوق ارتفاق شخصية ^(١) وحقوق
 ارتفاق عينية ^(٢) فالثانية أجزاء من الملكية وهي مقررة لعقار على عقار أى لمصلحة
 المالك للعقار مهما كان المالك . وهي دائمة أى مؤبدة ^(٣) وعقارية ^(٤) . وحقوق
 الارتفاق الشخصية على تقيض ذلك إذ لم تسم بالشخصية إلا لأنها مقررة في
 مصلحة شخص معين . ويصح أن يكون محلها منقولاً أو عقاراً . وهي مؤقتة ^(٥) .
 وهذه الحقوق هي حق الانتفاع وما يشبهه ^(٦) وما حق الاستعمال ^(٧) وحق السكنى ^(٨)
 وقد حافظ رجال الفقه الحاضر على هذا التقسيم النظري . ولكن هناك فريقاً لا يرى
 الأخذ به لسببين ^(٩)

أولاً - أن القانون نفسه لم يذكره ولم يأت بذكر لحقوق الارتفاق
 الشخصية وربما كان ذلك حتى يطمس الشارع معالم الارتفاق القديم ^(١٠) وعلى
 الأخص آثار عصر الأشراف والاقطاعات القديمة ^(١١)

ثانياً - أن في ذكر الارتفاق الشخصي ما يدعو إلى الخلط لأنه مما يلفت
 النظر إلى الغرابة أن يكون حق الانتفاع حقاً عينياً من حيث الاستغلال وشخصياً
 باعتبار أنه يرتبط بحياة المنتفع . لذا حمل القانون على أن يفرد له باباً خاصاً خارجاً عن
 حقوق الارتفاق

٤ - في تقسيم حق الانتفاع

٢١٩ - ينقسم حق الانتفاع كما رأينا إلى قسمين قسم يرجع للأشياء المحملة
 به ، وقسم يرجع لأصله

Serv. prédiales أو Serv. réelles (٢)	Servitudes personnelles (١)
Immobilières (٤)	Perpétuelles (٣)
Dr. d'usage (٧) Succédanés (٦)	Temporaires (٥)
(٩) كولين وكابتان ج ١ ص ٧٩٥	Dr. d'habitation (٨)
Féodalité (١١)	Servage (١٠)

١ - في حق الانتفاع بالنسبة للأشياء المحملة به

٢٢٠ - حق الانتفاع كما رأينا حق عيني بالمعنى الواسع . فهو ينصب اما على أشياء مادية منقولة أو عقارية أو على أشياء معنوية كالديون وحقوق المؤلفين وغير ذلك

ومن بين الاشياء المعنوية المحملة بحق الانتفاع نفس حق الانتفاع بذاته باعتباره هو حقاً معنوياً . أى يجوز أن يكون هناك حق انتفاع لحق انتفاع^(١) كما يحصل ذلك بشأن حق الانتفاع الشرعى^(٢) المقرر لولى الشرعى أباً كان أو جدأ صحيحاً فى استغلال عقار ابنه اذا أوصى الغير بحق انتفاع لابنه (قارن المادة ٤٢٠ وما بعدها من مرشدد الحيران والمادة ٣٨٤ فرنسى) وذلك حتى يبلغ الولد سن البلوغ الشرعى

وجوز أن يتمشى حق الانتفاع على أشياء معينة بالذات ويسمى فى هذه الحالة بحق الانتفاع بشيء معين^(٣) أو على مجموعة أشياء^(٤) أو على جزء^(٥) . من هذه المجموعة^(٦) . والحكمة من التفرقة أن صاحب الانتفاع بالمجموع أو بجزء منه يحمل بنفسه في الدين المخلف على التركة بخلاف الاول فلا يلزم بدين ما على أن لحق الانتفاع مظاهر عملية أخرى اذا انصب على أشياء من نوع خاص كما سيأتى .

ب - فى الانتفاع بأشياء قابلة للاستهلاك

أو فى شبه الانتفاع

٢٢١ - هناك بعض الاشياء المنقولة لايسهل فيها التمييز بين حق الانتفاع والرقبة . هذه الاشياء هى الاشياء التى تستهلك بمجرد استعمالها^(٧) لأنه من

(١) Usufruit de l'usufruit (٢) Usufruit légal

(٣) Usufruit à titre particulier (٤) Usufruit universel

(٥) Quote-part (٦) Us. à titre universel

(٧) Choses consommables par le premier usage

المستحيل الانتفاع بها دون استهلاكها بالذات أى دون اعدامها أو نقل الملكية فيها الى الغير

وان كانت هذه الاشياء هى لا بد وأن تكون هكذا فهل يستفاد من ذلك أنها لا تصلح لان تكون محلا لحق الانتفاع ؟ هى تصلح لان تكون محلا لحق الانتفاع . وقال بذلك الرومان ولا حظوا أنه اذا أوصى الموصى بها ومع ذلك أخرجها الورثة من الوصية لكأن ذلك على تقيض ما يريد المورث والعمل على مخالفة رغبته . لذا أباحوا للمنتفع حق الانتفاع بهذه الاشياء باستهلاكها أو بيعها على شريطة رد مثلها قدرأ ومقداراً الى صاحب الرقبة فى نهاية الاجل المضروب للانتفاع . وفى ذلك تقول المادة ٢٢/٤١ مدنى ٥٨٧ فرنسى ما يأتى : « يجوز للمنتفع الذى قدم الكفالة ^(١) أن يستعمل الاشياء التى تنعدم بالاستعمال ^(٢) . أما عليه أن يرد بدلها ^(٣) عند انتهاء حقه فى الانتفاع » . وأطلق الشارحون على هذا النوع من حق الانتفاع عبارة « شبه حق الانتفاع » ^(٤) وهى تسمية صحيحة تتفق مع حقيقة الانتفاع فى أن المنتفع بهذه الاشياء ملزم بالرد لصاحب الرقبة لا يردها بالذات وقد هلكت أو زالت ولكن يرد مثلها . ويصبح المنتفع مالكا لها وصاحب الرقبة دائئاً بثمنها .

ولهذا النوع المسمى بشبه حق الانتفاع منافع ومضار . أما منفعه فانه يجعل المنتفع مالكا وله حرية التصرف فى ملكه كما يشاء اذ يملك حق التصرف ^(٥) . وأما مضاره فان الهلاك فيه على المنتفع . فاذا هلك الشئ فى حادث جبرى أو قهرى قبل الاستهلاك والتصرف لزم شبه المنتفع ^(٦) على ذلك رد مثله الى صاحب الرقبة . ذلك لانه لا يعتبر مدينأ بشئ معين ولكنه مدين بشئ معين من حيث الجنس ^(٧) وعلى العكس من ذلك اذا كان المنتفع حادياً فان هلاك الشئ ^(٨) على مالك الرقبة

Qui se consomment par l'usage (٢)	Caution (١)
Jus abutendi (٥)	Quasi usufruit (٤)
Risque (٨)	De genre (٧)
	Quasi-usufruitier (٦)
	Remplacer (٣)

لأعليه الا اذا هلك فى حادث قهرى أو جبرى

ومن الاشياء التى تعتبر محلاً لشبه حق الانتفاع النقود (المادة ٥٨٧ مدنى فرنسى) وأوراق المصارف المالية ^(١) . وأما الاوراق المالية لحاملها ^(٢) فلا تدخل فيها، لانه يجوز الانتفاع بها دون استهلاكها ويكون ذلك بفصل قسائم الربح منها ^(٣) . وعلى ذلك لا يعتبر المنتفع مالكا لها وعليه ردها بالذات . ويجب ذكر أرقامها بكشف الجرد الذى سيأتى ذكره . نعم ولو ان المنتفع اذا تصرف فيها بالبيع وخلافه فتصرفه صحيح اذا كان المتعامل معه حسن النية ، أخذاً بقاعدة « حيازة المنقول سند الملكية » (المادة ٦٠٧/٧٣٧ مدنى و ٢٢٧٩ فرنسى) الا انه اذا كسب هذا السند ربحاً فى اليانصيب ^(٤) أو تقرر دفع قيمته المبينة به مع المكسب المقرر له بالشركة الذى أصدرته ^(٥) جاز وفتنئذ لصاحب الرقبة مطالبة المنتفع بربح اليانصيب ^(٦) ومكسب السند ^(٧)

ويجوز أن يرمى مقرر حق الانتفاع الى جعل الاشياء المحملة بحق الانتفاع من الاشياء الملحقه بالاشياء التى تستهلك بمجرد الاستعمال وفى هذه الحالة يلزم برد مثلها عند نهاية الأجل المضروب . وعلى ذلك يجوز له التصرف فيها ^(٨) لأن ذلك مفهوم ضمناً من حق تقرير حق الانتفاع ^(٩)

ج - فى حق الانتفاع الخاص بالمحل التجارى

أو محل صناعة

٢٢٢ - يراد بالمحل التجارى ^(١٠) أو المحل الصناعى ^(١١) مجموعة ^(١٢) من الاشياء المادية والمعنوية التى تتكون منها شخصية المحل ، كأدواته ^(١٣) وحق الايجار ^(١٤)

- | | |
|--------------------------|--------------------------------------|
| Titres au porteur (٢) | Banknot أو Billets de banque (١) |
| Remboursé avec prime (٥) | Lot (٤) Les coupons (٣) |
| Lot (٦) | Prime (٧) — ٤٣٣ ، ٢ ، ٩٣ ، د |
| Jus abutendi (٨) | D. J. G. تحت كلمة usufruit رقم ١١٨ |
| Fonds de commerce (١٠) | Acte constitutif (٩) |
| Matériel (١٣) | Ensemble (١٢) Fonds d'industrie (١١) |
| | Droit au bail (١٤) |

والعملاء^(١) ومزية جلب العملاء^(٢) وآلات المصنع^(٣) وشهادات الاختراع^(٤) التى يستغلها المحل ويستفيد منها دون غيره ، والبضائع . ومن بين هذه الاشياء ما يستهلك بمجرد استعماله كالبضائع والمواد الخام^(٥) المطلوب صنعها . وما بقى من هذا العدد يجوز رده كما هو مثل أدوات المحل والشهادات وجلب العملاء وغير ذلك . ولقد ترتب على مزج هذه الاشياء ببعضها البعض وجودها معاً فى محل واحد صعوبات عملية قانونية فيما يتعلق بحقوق المنتفع وقت الانتفاع

وذلك انه لما كان المنتفع ينتفع كما كان المالك ينتفع من قبل وجب أن يترك المنتفع بمحل تجارى أو صناعى يستغله كما يستغله صاحبه أى يستمر فى استغلاله ، والا ضاع عليه عملاء الاقدمون فى نهاية الانتفاع ، وفى ذلك مافيه من الاضرار البليغة به اذ تعتبر مادة المحل وكيانه^(٦) هذا فيما اذا سهل أمر الاستمرار فى استغلال المحل . وأما اذا صعب عليه واستحال على المنتفع أن يستمر فى استغلال المحل كالمالك من قبل فال بعض الشارحين يعفى بتكليف المالك ببيع المحل واستغلال الثمن بالفائدة وصرف الفائدة الى المنتفع^(٧)

واذا فرض وحصل الواقع عادة وأخذ المنتفع فى استغلال المحل كما كان يستغله مالكة من قبل فهل يعتبر هذا الاستغلال انتفاعاً أو شبه انتفاع ؟ والفرقة بين النوعين عظيمة فى هذه الحالة . لانه اذا فرض وأفلس المنتفع واعتبر الانتفاع انتفاعاً لا شبه انتفاع استرد مالك الرقبة المحل التجارى باعتباره مالكا لهذا المحل المعلن . وفلت حينئذ من مضايقات مزاحمة بقية الدائنين للفلس . وكل مال هؤلاء الدائنين هو أن يحجزوا على حق الانتفاع المقرر لمدينهم ويطلبوا بيعه . أما اذا اعتبر الانتفاع هنا شبه حق انتفاع فيقع تقيض ما تقدم اذ يحجز دائنو التفليسة على المحل

(١) Clientèle (٢) Achalandage

(٣) Instruments de fabrication (٤) Brevets d'invention

(٥) Matières brutes (٦) Substance

(٧) كولن وكابتان ج ١ ص ٧٩٨

التجارى ذاته ولا يكون وقتئذ الاملاك الرقبة سوى قيمته . أى يعتبر دائماً بسيطاً عادياً وينخرط فى سلك دائئى التفليس ويصبح مهدداً هو الآخر فى أن لا يصيبه الا جزء من دينه ^(١) لا الدين كله . وقرر القضاء الفرنسى أولاً اعتبار ذلك شبه انتفاع باعتبار أن المنتفع يصبح مالكا للمحل التجارى على شرط أن يرد قيمته عند نهاية الاجل المضروب . ثم عدل هذا القضاء عن ذلك الرأى بأن الانتفاع انتفاع عادى لا شبه انتفاع لانه يجوز للمنتفع استغلال العقار والانتفاع به من غير أن يكون فى حاجة ماسة الى بيعه . وعلى ذلك يلزم المنتفع برد المحل التجارى باعتبار مجموعه القانونى ^(٢) أى بما اندمج فيه من الاشياء المكونة لوجوده القانونى ، فى نهاية الاجل المضروب لحق الانتفاع ^(٣)

واذا كان حق الانتفاع بمحل تجارى أو صناعى حق انتفاع عادى فكيف يمكن حينئذ تعليل التصرف فى البضائع والمواد الخام تعليلاً قانونياً يقر هذا التصرف الذى لا بد منه ؟ يستعان فى ذلك بنظرية الحلول العينية بجزء من المجموع ^(٤) وهى نظرية سنعود اليها فى مكانها فيما بعد . ذلك لانه لا يقال فى حالة المحل التجارى بأن هناك ملكية خاصة بالادوات وملكية خاصة بالبضائع ، وحق التأجير والعملاء وغير ذلك . انما الذى يقال بأن هناك مجموعة قانونية ^(٥) أى نوماً من أنواع المال الخاص أو الثروة الخاصة ^(٦) أو المال المخصص فى مجموعه لعمل معين ^(٧) بحيث تصبح مجموعة هذه الاشياء بمثابة شئ واحد . ويصبح لهذه المجموعة حكم خاص يختلف هما يمكن أن يقرر لكل جزء من أجزائه فيما اذا تفكك هذا المجموع وتمزقت أجزاؤه . وعلى ذلك اذا حصل التصرف فى مفردات هذا المجموع القانونى ثم حل مكانه شئ آخر اعتبر هذا الآخر قد حل محل

Ensemble juridique (٢) Dividende (١)

Wahl (٣) س ، ٩٥ ، ١٠٢ ، مقال فاهل

Subrogation réelle à titre universel (٤)

Patrimoine spécial (٦) Universalité juridique (٥)

Patrimoine d'affectation (٧)

الشيء الاول الذى زال بالتصرف أو بغيره ، كبضاعة تباع بالحل ثم تشتري بضاعة أخرى توضع مكانها لتباع مثل الاولى . فالبضاعة الجديدة تحل محل البضاعة الزائلة وتخضع لاحكامها القانونية . وعلى ذلك لا يزول المحل التجارى طالما أن عملية البيع للغير تفصيلا والشراء من الغير جملة عملية دائمة مستمرة ، ولا يزول برغم زوال البضائع بالبيع مؤقتا . ويرتب على هذا التحليل القانونى أن المنتفع يصبح فى حل من التصرف فى البضائع والمواد الخام على شرط أن تحل محلها بضائع ومواد أخرى . وبذا يظل حق مالك الرقبة قائما على كل بضاعة ومواد تدخل لتحل محل ما خرج منه ^(١) باعتبار أن هناك حلولا عينيا وقع بين المواد الخارجة والمواد الداخلة . وفى هذا الحلول الدائم استقرار لبقاء الوجود القانونى للمحل التجارى باعتباره مجموعة من أشياء مختلفة لها حكم واحد هو حكم المجموع كما رأينا

• - فى حق الانتفاع بالمواشى

٢٢٣ - تقول المادة ٢٣/٤٢ مدنى و ٦١٦ ما يأتى « الزيادة ^(٢) التى تحصل من نتاج المواشى ^(٣) تكون للمنتفع بها انما بعد أن يستموز ^(٤) من النتاج ما تقى من الاصل بأقوة بماوية ^(٥) ويستدل منها بما يأتى :

(١) ان حق الانتفاع لا يعتبر منصبا على المواشى باعتبار كل ماشية على حدة ^(٦) أى باعتبارها منفردة بل باعتبارها مجموعا غير مجزأ ^(٧) احتفظ فيه المالك الأصل بالرقبة ونزل فيها عن المنفعة لصاحب حق الانتفاع

(٢) للمنتفع حق تملك المواشى فيما زاد بعد استعاضة النافق . وله بوجه عام حق الانتفاع بالمواشى جميعها ، الاصل الباقي منها ، وما استجد فيها وحل محل النافق

(١) كولين وكابنان ج ١ ص ٧٨٩ — ٧٩٠ Augmentation (٢)

Croit des troupeaux (٣) Remplacement (٤)

Cas foruit (٥) Ut singuli (٦) Universum corpus (٧)

(٣) يلزم بالاستعاضة اذا كان تسبب في تفق المواشى أو كان النفق لسبب قهرى .
وتقول المادة « حادث سماوى » ترجمة للعبارة الفرنسية^(١) على أننا قلنا بأن الترجمة الصحيحة لهذه العبارة هى الحادث الجبرى . أي ما يقع بفعل الانسان دون دخل للطبيعة أو السماء فيه . وأما القوة القهرية^(٢) فهى ما وقعت بفعل سماوى أو بفعل الطبيعة ولا دخل للانسان فيه . ونعلم أن الذى قال بهذه التفرقة « جوسران »^(٣) وانتقده فيها القانونيون . وحجتهم أن القانون لم يفرق فى الحكم بين النوعين . على أن « جوسران » يرمى بالتفرقة الى تأييد نظريته المعروفة التى أخذ بها وهى نظرية المسؤولية الشيئية^(٤) من جعل مخاطر الحرفة^(٥) او مخاطر الملكية على رب المصنع أو المالك اذا كان الضرر حاصلًا بحادث جبرى لا بقوة قهرية . ويظهر أن الشارع المصرى أراد هو الآخر أن يصرف عبارة الحادث الجبرى^(٦) الى الحادث القهرى أى أن حكمه هنا ، وهنا فقط ، سواء

للمنتفع استغلال المواشى قديمًا وجديدها الذى حل محل ما نفق فيها ، وذلك أن يأخذ أصوافها وألبانها وسباخها ونتاجها . وبما أن حقه منصب على المواشى جميعها باعتبارها مجموعًا متميزًا عن أجزائه فله حينئذ حق التصرف فيها بالبيع على شرط أن يرد مثلها فى نهاية الانتفاع

(٥) اذا نفقت المواشى كلها أو بعضها بحادث جبرى أو قهرى فلا يسأل عن شئ ما . فاذا وجد نتاج منها أحلها محل ما نفق منها . والا فلا يلزم باحضار مواشى فى مقابل ما نفق بغير خطأ . وعلى كل حال فهو لا يسأل بوجه عام عما ينعدم أو ينفق بغير خطأ . وتقول فى ذلك بوجه عام المادة ٤٣/٢٤ مدنى ما يأتى :
« لا يسأل المنتفع عن ضياع^(٧) أو تلف الشئ^(٨) متى كان حاصلًا بدون تقصير منه^(٩) »

(١) « Cas fortuit » (٢) Force majeure (٣) Jossierand
(٤) Responsabilité objective (٥) Risque professionnel
(٦) Cas fortuit (٧) Perte
(٨) Détérioration (٩) Faute

و- فى حق الانتفاع

بالاشياء التى تتلف بالاستعمال

٢٢٤- هناك يوجد بين الاشياء المتعلقة بالانتفاع العادى ، وبين الاشياء المتعلقة بالانتفاع الخاص وهى الاشياء التى تستهلك بمجرد استعمالها ، يوجد نوع آخر من الاشياء لا يستهلك هذه المرة بمجرد استعماله ، انما يتلف ^(١) بالاستعمال دون ان يستهلك مثل مفروشات المنزل ^(٢) والملابس والقفوط . فى هذه الحالة المنتفع ان ينتفع بها على شرط أن يردّها بالحالة التى هى عليها فى نهاية الانتفاع دون أن يلزم بقيمة ما ينقص من قيمتها من التلف الذى اصابها بالاستعمال (المادة ٥٨٩ مدنى فرنسى وحكمها عام) ولا يصبح المنتفع مالكا لها. فاذا نفا التلف عن خطئه ^(٣) أو عن تعمدّه الاضرار بالمالك ^(٤) حق عليه التعويض (المادة المذكورة) أى دفع قيمتها المعروفة وقت البدء فى الانتفاع . والاصح ان يكون التعويض بقدر ما كانت تساويه من الثمن ، بعد تلفها بالاستعمال العادى ، وقت انتهاء الاجل المضروب للانتفاع

٥- فى المصادر المختلفة لحق الانتفاع

فى الانتفاع الارادى والقانونى

٢٢٥- يراد بالانتفاع الارادى ^(٥) ما يحصل بمحض رغبة صاحب المالك بوصية أو هبة أو بعقد . والانتفاع القانونى ^(٦) هو ما قرره القانون بالذات دون دخل لارادة المالك (المادة ٥٧٩ فرنسى) وسنرى فيما بعد اذا كان يصح اكتساب حق الانتفاع بالتقادم أى بضى المدة أم لا . فاذا صح القول باكتسابه اصبح ضمن مواد الانتفاع القانونى . ولا يدخل ضمن هذا النوع حق الولاية المقرر

Faute (٣)	Meubles meublants (٢)	Se détériorer (١)
Usuf. légal (٦)	Usuf. volontaire (٥)	Dol (٤)

الاب على مال أولاده الصغار والكبار غير المكلفين ذكورا واناثا (المادة ٤٢٠ من كتاب الاحوال الشخصية لقدرى باشا) وحق الولاية المالية هذه ينصرف الى مباشرة ادارة مال الولد من استغلال وتأجير ومتاجرة ، والتصرف فيه من بيع وشراء ورهن^(١) وعلى الاب رد المال لولده حتى يبلغ رشده . وللولد محاسبة أبيه . وفي ذلك احكام خاصة فيما اذا كان الظاهر لا يكذب الاب او يكذبه . أو مات الاب وقد بين اموال ولده أو مات مجهلاها^(٢) ويدخل ضمن هذا النوع ايضا حق انتفاع الولى الشرعى بأملك اولاده وأولاد أولاده وهكذا (المادة ٤٢٠ وما بعدها من مرشد الحيران)

١ - في حقوق المنتفع

٢٢٦ - رأينا أنه اذا كان الشيء مما يستهلك لجرد استعماله اصبح للمنتفع حق ملكية عليه . والآن نتكلم على حقوق المنتفع العادية في حالة الانتفاع العادى والاصل ان المنتفع يخضع لما تقر به عقد أو سند الانتفاع . فاذا لم ترد به شروط خاصة وجب عليه الاخذ بما قرره القانون ذاته . وفي ذلك تقول المادة ٣٨/١٩ مدنى « تراعى فيما يكون لصاحب الانتفاع من الحقوق وفيما يترتب عليه من الواجبات شروط العقد المترتب عليه حق الانتفاع^(٣) والاصول المقررة في المواد الآتية » ثم ذكر القانون بالمواد التى أتت بعد هذه المادة الاصول التى يجب عليه اتباعها في الاستغلال

وطبقاً لتعريف حق الانتفاع الذى قرره المادة ٢٩/١٣ مدنى ٥٧٨ فرنسى في ان « الانتفاع هو حق للمنتفع فى استعمال ملك غيره^(٤) واستغلاله^(٥) وبما لاحظناه على الترجمة العربية فى انها لم تكن مطابقة تماماً لنص النسخة الفرنسية

(١) مختصر شرح الاحكام الشرعية للشيخ زيد بك الطبعة الاولى ١٣٢٦ من ٣٦٤ - ٣٧٠

(٢) المختصر المذكور من ٢٧١ - ٢٧٢

(٣) Acte de constitution (٤) User (٥) Jouir

التي وردت بها عبارة مالك الرقبة^(١) فانا نرى أن للمنتفع حق الانتفاع بالكيفية المبينة بالمادة ٥٨٢ مدني فرنسي حيث قررت ما يأتي: «المنتفع الحق في استغلال^(٢) كل نوع من انواع الامتار^(٣) الطبيعية^(٤) أو الصناعية^(٥) أو المدنية^(٦) التي تنتج عن الشيء محل الانتفاع» وقد أخذ الشارحون على هذا النص ما يأتي:

(١) انه نص غير صحيح نوما . لأنه اذا أخذ به حرفاً بحرف لترتب على ذلك انه ليس للمنتفع على ثمرات الشيء سوى حق الاستغلال^(٧) وهذا غير صحيح . لان المنتفع يصبح مالكا للثمرات . وهو لا يستغل الثمرات انما يستغل الشيء — (٢) ان النص هذا ناقص . وذلك انه ليس للمنتفع حق استغلال الشيء فقط^(٨) بل يملك أيضاً حق الاستعمال^(٩) أى حق الاستفادة من جميع ما أعد له الشيء من المنافع . فله حق الإقامة به بنفسه ، واستعمال المفروشات الموجودة به وركوب خيوله ودوابه وسياراته وغير ذلك باعتباره صاحب حق الانتفاع فيها . وحق الاستعمال هذا^(١٠) هو من الوجهة الفقهية ليس حق الاستغلال^(١١) وهو ما قرره المادة ٢٩/١٣ المصرية بأن أشارت الى حق الانتفاع بوجه عام وحق الاستعمال بوجه عام أيضاً ولم توضع بذلك الوضع الفرنسي الذي نقده الناقدون كما رأينا . فله الحقاك معاً . وله الانتفاع بالشيء لنفسه خاصة طبقاً لما أعده له المالك الأصلي ، مع الانتفاع بجميع المزايا المقررة لحق الانتفاع

واذا كان يجوز للمنتفع أن لا ينتفع بالشيء بواسطة غيره بل يريد أن يستعمله بنفسه ترتب على ذلك ما يأتي : (١) له حق الصيد والقبض بالأرض — (٢) ينتفع بحقوق الارتفاق الإيجابية المقررة للمقار على المقارات الأخرى (المادة ٩٥٧ فرنسي وحكمها عام) ويجب عليه الانتفاع بها حتى لا يزول الارتفاق بعدم الاستعمال

Naturels (٤)	Fruits (٣)	Jourir (٢)	Nu-propriétaire (١)
De jouissance (٧)		Civils (٦)	Industriels (٥)
Droit d'usage (١٠)		Usus (٩)	Fructus (٨)
Droit de jouissance (١١) كولين وكابنان ص ٨٠١			

بمضى المدة لانه ملزم بالمحافظة على كيان الشيء ^(١) كما ذكرنا — (٣) له أن يستفيد من جميع ما يتبع العقار ^(٢) (المادة ٥٩٦ فرنسي وحكمها عام)

ب — في حق الاستغلال

وفي الثمار وأنواعها

٢٢٧٠ — حصول المنتفع على ثمار الشيء هو أهم فائدة تحصل من حق الانتفاع . ويستحق ثمرة الشيء من وقت تقرير حق الانتفاع له مع ملاحظة انه لا يستحق الثمرة في الايباء بالانتفاع الا من وقت وفاة الموصى . والثمار على أنواع . وهي اما ثمرات ^(٣) واما محصولات ^(٤) . والثمار اما طبيعية (أو صناعية) أو مدنية . وقد سبق ان رأينا ذلك عند ما تكلمنا على الملكية وعلى حقوق المالك . ولهذا التقسيم أهمية ظاهرة هنا

علمنا ان الثمرات ^(٥) هي محصولات الشيء ، وتتميز في انها دورية ^(٦) ومتجددة ^(٧) . ونزع الثمرات عن الشيء ^(٨) لا تفتى معه مادة الشيء ، أو على الأقل لا تفتى معه بطريقة محسوسة . والعادة ان المالك يعيش من ثمرات ماله . حينئذ يستمتع الحق في الثمرات

وأما المستخرجات ^(٩) فهي الاشياء التي تخرج من الشيء بما يترتب عليه فناء المادة أى الشيء الاصلى لان هذه المستخرجات لا تلبث في الشيء . وانما هي تثبت به فهي تثبت بطريقة غير محسوسة كمستخرجات المناجم ^(١٠) ومستخرجات المحاجر وهو يمتلك أيضاً الاشجار الضخمة ^(١١) انما اذا سبق للمالك ان رتب لها نظاماً خاصاً يتعلق بكيفية الاستغلال في أوقات معينة جاز تقرير حق الانتفاع عليها استثناء

Fruits (٣)	Accessoires (٢)	Substance (١)
Périodiques (٦)	Fruits (٥)	Produits (٤)
	Perception (٨)	Renaissants (٧)
	Extraits des mines (١٠)	Produits (٩)
	Arbres de haute futaie (١١)	

للقاعدة القائلة بأنه لا يجوز للمنتفع أن يملك مستخرجات الشيء . اذ تلحق هذه المستخرجات بالثمار

وقد سبق لنا ان رأينا أيضاً الفرق بين الثمرات الطبيعية وما ألحقناه بها من الثمرات الصناعية ، باعتبار ان هذين النوعين محمولات دورية للشيء . وناتجة منه مباشرة ، وبين الثمرات المدنية أو فوائد المبالغ المالية وهي ما ينتجها الشيء من طريق غير مباشر بما يلتزم به من دفع اليه المبلغ أولاً في مقابل المنفعة التي حادت عليه من الانتفاع بالمبلغ . أما صاحب حق الانتفاع فهو في حل من أن يملك هذين النوعين من الثمرات ، الثمرات الطبيعية بما فيها الثمرات الصناعية ، والثمرات المدنية مع مراعاة القيود الآتية :

يكتسب المنتفع الثمرات الطبيعية (المحصولات ونتاج الحيوانات) بفصلها عن الاصل ^(١) . بمعنى انه طالما أن هذه الثمرات لم تفصل عن أصولها وظلت كما تقول المادة ٥٨٥ مدني فرنسي « معلقة بالفرع والجذر » ^(٢) فانها لا تعتبر ملكاً للمنتفع . انما اذا فصلت عن الارض حتى بفعل حادث جبري أو قهري أصبحت ملكاً للمنتفع . ولتعيين وقت تملك المنتفع للثمرات هذه أهمية ظاهرة فيما اذا نظرنا الى وقت بدء حق الانتفاع ووقت انقضائه . اذ يحصل أن المنتفع يحنى وقت البدء في ظهور حقه محصولاً قد استوى فقط في ذلك الوقت من غير ان يصرف عليه شيئاً ما . ويحصل أيضاً أن حق الانتفاع ينتهي قبيل وقت انتهاء حق الانتفاع بقليل ، ويصبح المحصول هذا ملكاً لمالك الرقبة . وفي هاتين الحالتين لم نر أن الذي جنى هو نفس الذي زرع . وليس لمن زرع حق مطالبة من جنى بأى تعويض ما في مقابل فلاحه الارض وثمن حبوبها (المادة ٥٨٥ فرنسي)

أما نص هذه المادة ٥٨٥ فرنسية (وليس لها مقابل بالقانون المصري) فهو ما يأتي : « الثمرات الطبيعية أو الصناعية المعلقة بفروع أو جذور وقت ظهور حق الانتفاع تعتبر مملوكة للمنتفع : — وأما اذا كانت الثمرات على تلك الحال وقت

انتهاء الانتفاع فتعتبر مملوكة للمالك ، دون حق المطالبة من الجانب الواحد قبل الآخر بمصاريف الفلاحة والحبوب » .

ويظهر أن هذه المادة تخالف العدالة وتخالف المادة ٥٤٨ مدني فرنسي وهي التي تقر بأن « الثمرات الناتجة من الارض لا يمتلكها مالك الارض الا على شرط دفع مصاريف الفلاحة والاعمال والحبوب التي قام بها الغير » . وربما كان السبب في هذا الشذوذ تبادل الاحتمالات ^(١) في أنه من المحتمل أن يمتلك المنتفع الزرع الموجود بالارض وقت البدء في استغلال حق الانتفاع ، ثم هو يترك الارض بما عليها من الزراعة وقت انقضاء حق الانتفاع فيمتلكه مالك الرقبة فان فات هذا الاخير أولا لا يفوته في النهاية ، وبمافات المنتفع أخيراً فقد ناله في بدء الاستغلال . ويرى الصارحون أن هذا التعليل لا يبرر حكم المادة ٥٨٥ مدني فرنسي باعتباره حكماً جائزاً لا يتفق مع العدالة والمنطق . وربما كان الدافع فيه للشارع الفرنسي رغبته في عدم الدخول في تصفية الحساب بين المالك والمنتفع ، وهو حساب ذو تعقيد مما يلازم عادة تسوية الحساب عن الثمرات ^(٢)

٢٢٨ — وما القول الآن بشأن القانون المصري وقد سكنت عن تقرير هذه القاعدة الفرنسية . فهل نأخذ بها هنا مع القول بأنها تختلف مع العدالة والمنطق ، ومع اعتبارها شذوذاً للقاعدة القانونية العامة المقررة بالمادة ٥٤٨ المذكورة القائلة بأن مالك الارض يملك ثمرتها على شرط دفع مصاريفها من أعمال وتقوا وغير ذلك ، الى من صرف ، أم لا نأخذ بها ونرجع للقواعد العامة المقررة بالمادة ٢٩/٣٤ من لائحة انشاء المحاكم الأهلية والمختلطة والمادة ١١ من القانون المدني المختلط في أنه عند عدم النص يؤخذ بالعدالة والقانون الطبيعي ؟ وهل تنفق أصول العدالة والقانون الطبيعي مع حكم فقهاء الشريعة الإسلامية فيما قرره في هذه الحالة ؟ اذ يقرر هؤلاء الفقهاء بالمادتين ٢٠ و ٣٦ من مرشد الخيران ما يأتي : تقول أولاهما « من استحق بعقد وصية غلة أرض أو بستان فله الغلة

القائمة وقت موت الموصى . . . » وتنص ثانيتهما « اذا اقتضت المدة المعينة للانتفاع أو مات المنتفع في أثناءها وكانت الارض مشغولة بزرع والزرع يقل لم يدرك يترك الزرع له في الصورة الأولى ولورثته في الصورة الثانية الى حين ادراكه وحصاده بأجر المثل . . . » والذي يفهم من ذلك أن المادة ٢٠ هذه تتفق مع المادة ٥٨٥ فرنسي في أن الزرع المنتفع . ولا يكره هذا الاخير على دفع مصاريف الزرع من حرث وتقاو الى مالاك الرقبة (ولا تدخل هنا في الفرق المقرر شرما بين الثرة ، وهو اسم للموجود عرفاً . فلا تشمل المردوم الا بدلالة على زائدة مثل النص على الابد ، وبين الغلة ، وهي تقييد كل ما يحصل من ريع الارض كأجرتها وحاصلاتها . وعلى كل حال يجب اتباع العرف فيما جرى عليه من المعنى المقصود منهما ، لان العرف في الشرع له اعتبار ^(١) . أما المادة ٣٦ من مرشد الحيران فهي لا تتفق مع المادة الفرنسية المذكورة اذ يفهم منها بأن الزرع الموجود اما أن يكون قد آن حصاده واما أن يكون غير مدرك وقت الحصاد بل يحتاج الى مدة حتى ينضج فيها الزرع ويستوى بعد أن كان بقلا غير ناضج . فان كان الاول أخذ المنتفع زرعه لانه لا ضرر عليه في ذلك . وان كان الثاني وسواء كان الانتفاع بمعوض أو بغير عوض فللمنتفع أو لورثته الحق في ابقاء الزرع في الارض الى أن يدرك ويأتي أو ان حصاده . وعليه في مقابل ذلك أجر المثل عن المدة التي يشغل الزرع الارض فيها ولا يكاف قلع زرعه لان في ذلك ضرراً عليه والضرر يزال شرما ^(٢)

اذا علم ذلك ورجعنا الى حكم العدالة والقانون الطبيعي رأينا أن حكم فقهاء الشرع أن لا تعويض على المنتفع اذا وجد بالارض زرماً في بدء الانتفاع . وأنه لا يجوز لمالك العين في نهاية الانتفاع جبر المنتفع على ترك الزرع وقد آن

(١) أنظر شرح مرشد الحيران ص ١٦

(٢) شرح مرشد الحيران ص ٤٤ . وحكاية استئجار السفينة للزراعة معروفة اذا مضت مدة الاجارة

حصاده بل يحصده ويخرج لحال سبيله وهو حكم يخالف ما قرره القانون الفرنسى فى أن لا يملك المنتفع الثمرة الا بفصلها عن الارض^(١) كما رأينا ، وهو ما أخذنا به فى القانون المصرى أيضاً . واذا لم يستو الزرع فعلى المنتفع إيجار المثل عن المدة الباقية للنضوج وهو حكم يختلف عن القانون الفرنسى كما رأينا

وهنا نرى أن فقهاء الشريعة الاسلامية قد اختلفوا أيضاً مع علماء القانون الفرنسى فيما يتعلق بتقرير العدالة اذ يرى الاخرون تكليف المنتفع بدفع مصاريف الزرع اذا وجد بالارض زرعاً عند البدء بالانتفاع ، ولا يرى فقهاء الشريعة الاسلامية محالاً لذلك . ولكنهم أوصوا بضرورة الاخذ بالقيد المقرر لحق الانتفاع . واتفق الجميع على أن للمنتفع فى نهاية حق الانتفاع حقاً على الزرع الناتج بالارض فى نهاية الانتفاع . ورجع الفرنسيون فى تكييفه القانونى الى المادة ٥٤٨ فرنسى فى أن مالك العين يملك الثمرة على شرط دفع مصاريفها وتكاليفها . فكان للمنتفع حق الحبس حتى استيفاء حقه . ورجع فقهاء الشريعة الاسلامية الى أن حق المنتفع على الزرع حق ملكية وأن عليه أجر المثل عن الارض فى المدة الباقية لتقام النضوج

٢٢٩ — أمام هذه الاختلافات فى الاصول القانونية من حيث تقريرها ومن حيث تكييفها القانونى ، ماذا يكون حكم القانون المصرى وقد سكنت الشارع المصرى محتلطاً وأهلياً عن النص فيه ؟ الذى نقول به هو عدم الاخذ بالقانون الفرنسى فيما قرره بالمادة ٥٨٥ قراراً شاذاً للقاعدة العامة المقررة بالمادة ٥٤٨ فرنسى . وبرى ضرورة الاخذ بما قرره فقهاء الاسلام فيما اختلفوا فيه مع فقهاء الفرنسيين من حيث الزرع القائم وقت البدء فى الانتفاع (أى لا يلزم المنتفع بتعويض ما ، مع ضرورة مراعاة عقد تملك حق الانتفاع والشروط الواردة به) وفيما اتفقوا عليه معهم من حيث أن لا يملك مالك العين الزرع الموجود فى نهاية الانتفاع ملكاً غير مقيد بالحق المقرر للمنتفع (اذ يقول الفرنسيون ان الزرع ملك

مالك العين أخذاً بالمادة ٥٤٨ فرنسى ، أما يلزم المالك بقيمة التكاليف . ويقول فقهاء الاسلام بأن الزرع ملك للمنتفع إنما يلزم بإيجار الارض عن المدة الباقية للاستواء . ويقولون فوق ذلك بأن المنتفع يملك الثمرة حتى قبل جنيها ^(١) أى قبل فصلها عن الارض ، وهذا على خلاف ما قرره الفرنسيون أخذاً بالمادة ٥٨٥ فرنسى من أن المنتفع لا يملك الثمرة الا بجنيها) أما من حيث التكييف القانونى لحق المنتفع فيما اذا كان حق ملكية كما يريده فقهاء الشريعة الاسلامية ويتأيد ذلك فيما قالوه بأن المنتفع يملك الزرع قبل جنيها ، ^(٢) وهذا على خلاف القاعدة الفرنسية التى أخذنا بها هنا ، أو حق حبس ^(٣) فيما يريد أن يقوله فقهاء الفرنسيين أخذاً بالمادة ٦٠٥/٧٣١ مدنى و ٢١٠١ فرنسى ، فانا نأخذ بنظرية حق الحبس ، اعتماداً على القاعدة العامة المقررة بالمادة ٥٤٨ فرنسى فى أن الزرع لمالك العين على شرط الالتزام بتكاليفه ول اعتماداً على ما قلناه فى أن المنتفع لا يملك الثمرة الا بالجنى ^(٤) . وأما قبل جنيها فله عليها حق الحبس ان شاء حتى يستوفى تكاليفها . وقد رأى « دى هلس » أن المنتفع لا يملك الثمرة الا بالجنى ^(٥) وأن المنتفع لا يلزم بتكاليف الزرع الموجود بالارض وقت البدء بالانتفاع وأن العبارة بالعقد المقرر لحق الانتفاع ^(٦) وأن مالك العين يلتزم بتكاليف الزرع الموجود بالارض فى نهاية الانتفاع . وعلى رأيه الاخير هذا بأنه لو ترك الزرع تحت يد مالك العين دون الالتزام بتكاليف الزرع لكان ذلك اضراراً بلا سبب ^(٧) . وما قاله دى هلس هو ما قلنا به . أى يقول هو الآخر بأن المنتفع حقاً على الزرع فى نهاية الانتفاع ، وأن الزرع ليس ملكاً للمالك الرقبة

وهل هناك مصلحة فى التعرف على التكييف القانونى لحق المنتفع على الزرع القائم بالارض فى نهاية الانتفاع فيما اذا كان ملكاً للمنتفع على شرط دفع اجارة

Dr. de rétention (٣)	Perception (٢)	Perception (١)
(٥) ج ٤ ص ٣٧١ ن ٦٥ ومن الغريب اننا لاحظنا ان دى هلس قال فى موطن آخر (ج ٢ ص ٢٣٠ ن ١٣ عند شرحه لكلمة fruit) بالاختلاف بنظرية الفرنسية اعتماداً على المداهة	(٦) ج ٤ ص ٤٧ ن ٦٤	Enrichissement sans cause (٧) ج ٤ ص ٣٧١ ن ٦٤

الارض عن المدة الباقية، أو كان ملكا لملك الرقبة على شرط دفع تكاليف الزرع؛ هناك فرق كبير بين الحالتين. اذ الهلاك والزيادة والنقص في الشيء المملوك، كل ذلك على المالك لا على المحتبس للشيء.

٢٣٠ — وأما الثمار المدنية وهي الربيع المال لحل الانتفاع كإيجار المنازل والاراضي وفوائد المبالغ والارادات المرتبة ^(١) وأرباح المحل التجاري ^(٢) فانها لا تصبح ملكا للمنتفع الا يوماً بيوم ^(٣) (المادة ٥٨٦ مدني فرنسي. وحكمها عام). أي يمتلكها المنتفع بنسبة الزمن المقرر لحق الانتفاع، ولا عبء بتأخير استحقاقها. وهو ما يتفق مع العدالة. وربما كان الأجدر بالثمار الطبيعية أن تكون كذلك نسبة أيضاً ^(٤)

ج - في وسائل الاستغلال المباحة للمنتفع

٢٣١ — الاستغلال اما مباشر من طريق زراعة الارض بمعرفة المنتفع نفسه والحصول على الثمرات الطبيعية. واما غير مباشر من طريق التأجير للغير والحصول على الثمرات المدنية. وهل يجوز للمنتفع أن يتخير ما يشاء في الاخذ بأحدى هاتين الوسيلتين؟ وما هي قيود الحالة الثانية؟

٢٣٢ (٢ -) في تأجير الأشياء محل الانتفاع : للمنتفع أن يستغل العقار بنفسه أو أن يؤجره (المادة ٥٩٥ مدني فرنسي وحكمها عام) أي يستعمله لنفسه أو يؤجره للغير (المادة ١٣/٢٩ مدني) سواء كان العقار أرضاً زراعية أو داراً، وعلى شرط أن لا يقع للعقار ما ينتهي به الى تغيير أو تعديل في منافعه وطرائق استغلاله. ولكن هل يجوز للمنتفع أن يؤجر دار الأسرة وهي الدار التي كانت دائماً وأبداً محط رحال الأسرة من زمن؟ يقول الشارحون بالسلب،

(١) Arrérages des rentes (٢) Bénéfices des f. d. com. (٤) كولن وكابتن ج ١ ص ٨٠٣ (٣) Au jour le jour

الا فيما تعلق بالدواب والمواشي وكتب المكتبة الخاصة بالدار^(١)
 وإذا كان من المقرر أن للمنتفع حق تأجير الاشياء محل حق الانتفاع وأنه
 ملزم باعتباره مؤجراً ازاء المستأجر باحترام العقود التي صدرت منه أثناء قيام
 حق الانتفاع فهل تسرى هذه العقود على مالك العين وتعتبر حجة عليه بعد
 انقضاء الانتفاع ؟ أجاب القانون الروماني سلباً وكذلك القانون الفرنسي القديم .
 والحجة في السلب هي : أولاً . ان كلا من المنتفع ومالك العين إنما يجري على الشيء
 حقاً عينياً مستقلاً عن الآخر . ثانياً . ان الايجار لا يترتب عليه للمستأجر قبل
 المؤجر الا حق دائني عادي بسيط^(٢) . وعلى ذلك لا يربط عقد الايجار سوى
 المنتفع باعتباره مؤجراً والمستأجر باعتباره طرفاً معه في العقد^(٣) . وان كانت هذه
 القاعدة القديمة صحيحة بالنسبة للمنقولات في الازمان السابقة فهي كذلك اليوم
 ويرى الفقه الفرنسي ان هذه القاعدة صحيحة في الوقت الحاضر بالنسبة
 للمنقولات .

ولكن بالنسبة للعقارات رأى الشارع الفرنسي أن يخالف القاعدة المنطقية
 السابقة . ذلك أنه من مصلحة المنتفع ومالك العين معاً أن يجد المنتفع مستأجراً
 مؤقتاً في حالة الاستغلال غير المباشر . ولا يجزأ مستأجر على استئجار العقار اذا
 لاحظ أن عقده لا يؤخذ به لدى مالك الرقبة . وقرر الشارع الفرنسي (المادة ٥٥٩
 مدني) اعتبار هذه العقود حجة على مالك العين

أما القانون المصري فانه قرر بالمادة ٣٦٤/٤٤٧ مدني ما يأتي : « الايجار
 المعقود من له حق الانتفاع في عقار بدون رضا مالك رقبته ينقضي بزوال حق
 الانتفاع وانما تراعى المواعيد المقررة للتنبيه على المستأجر بالتخلية أو المواعيد
 اللازمة لاخذ ونقل محصولات السنة . — والايجار المعقود من وصي^(٤) أو ولي
 شرعي^(٥) لا يجوز ان يكون الالمدة ثلاث سنين ما لم تأذن المحكمة التي من

(١) كولن وكاتبان ج ١ ص ٨٠٤ Dr. de créance (٢)

(٣) Res inter alios acta (٤) Tuteur (٥) Administrateur légal

خصائصها الحكم في مسائل الاوصياء بأزيد منها « وعلى ذلك يجوز اعتبار المنتفع ولياً شرعياً في ادارة العقار أى يصح اعتبار اجارته نافذة على مالك الرقبة في حدود ثلاث سنوات وعلى شرط ان يكون المنتفع حسن النية ^(١)

واذا زادت جاز تنقيصها حتى ولو كان المقدد تجدد بالسكوت عن الفسخ ^(٢)
(المادة ٣٨٦/٤٧١ مدني و١٧٣٨ و١٧٥٩ فرنسي) والجواز في التنقيص مقرر لمالك العين لا للمستأجر لأنه وضع في مصلحته هو ^(٣)

واما القول فيما اذا كان مالك العين هو الوارث للمنتفع ؟ أجاب القضاء الفرنسي بأن العقد ليس حجة عليه ^(٤) ولكن ربما يتعارض ذلك مع ما قرره في أن عقد الابحار الصادر من المنتفع حجة عليه مهما طال أجله . وبما ان الوارث يرث موارثه فيما التزم به هذا الاخير فانه يجب على ذلك أن يسرى عليه ما كان سارياً على مورثه . ويرد القضاء الفرنسي على ذلك بأن المنتفع لا يحمل ورثته من الالتزامات الا بالقدر اللازم باعتباره انتفاعاً ليس الا ، وان هذا الالتزام ، الحاصل بسبب الانتفاع ، يلتزم زوال الانتفاع . ولكن يلاحظ في ذلك خلط واقع . لان الالتزامات التي يزول بها المنتفع بصفته منتفعاً هي الالتزامات التي التزم بها فقط امام مالك الرقبة . ولكن المنتفع بصفته مؤجراً أصبح ملتزماً أمام المستأجر منه بالالتزام هو القيام بعمل كأي مدين عادي . هذا الالتزام الاخير هو الذي ينتقل الى وارثه ^(٥) وعلى ذلك يظهر أن القضاء الفرنسي لم يصب فيما قرره في هذا الشأن

٣٣٣ - (٢) في بيع الزرع وهو قائم : اذا فرض وباع المنتفع زرع سنة ولم يفصل بعد عن الارض ثم مات قبل الحصاد ، فما الحكم ؟ اذا فرضنا أن هذا البيع صحيح ونافذ على مالك العين لوجب على ذلك أن يكون ثمن الصفقة

(١) دى هلس ج ٤ ص ٣٦٦ ن ٥٢ Tacite reconduction (٢)

(٣) ٤٨٢ ، ١ ، ٨٥ ، س — ٣١٤ ، ١ ، ٨٣ ، د

(٤) ١٧٣ ، ١ ، ٩٨ ، د — ٧٦ ، ١ ، ٩٠ ، س

(٥) كابتان ص ٨٠٥ — ٨٠٦

ملكاً لهذا الأخير . وإذا سبق واستلم المنتفع الثمن قبل وفاته أصبح المبلغ في ذمة التركة يدفعه الورثة لمالك العين . إذا علم ذلك فهل يجوز لمالك العين أن يقطع في عقد البيع باعتبار أنه غير جائز وأنه باطل ولا يجوز صدوره من المنتفع ؟ قال بالايجاب بعض الشارحين وحجتهم المادة ٥٨٥ فرنسي في أن الشجرة غير المنفصلة ليست مملوكة للمنتفع . وإن المنتفع باع ما لا يملكه (المادة ٢٦٤ / ٣٣٣ مدني ١٥٩٩ فرنسي) وبناء على هذا الرأي يجوز لمالك العين منع المشتري من الحصاد بالمرّة حتى ولو كان ابتداء فيه فعلاً . وما على المشتري إلا الرجوع على ورثة المنتفع بما دفعه من الثمن ، فإذا اعوزت تركة المنتفع خرج المشتري ولم يتقاض شيئاً . ويقول بالايجاب أيضاً « دى هلس »^(١) وحجته أن الشجرة التي لم تفصل بعد تعتبر ملكاً لمالك العين ولكن القضاء الفرنسي لم يأخذ بهذا الرأي وقرر عكسه . اذ يرى انه مادام أن القانون اباح للمنتفع بصفته مديراً لملك الغير أن يؤجر أكثر من سنة (وبقانوننا المصري لغاية ثلاث سنوات المادة ٣٦٤ / ٤٤٧ مدني) فكأنه أراد بذلك من باب أولى أن يمكن المنتفع من التصرف في الزرع مدة سنة واحدة تصرفاً بالبيع قبل حصاده . وكان ما أجراه المنتفع في هذه الحالة إنما هو استغلال غير مباشر أي استغلال يسرى على مالك العين^(٢)

على أن الفائدة العملية لهذه التفرقة في الرأيين تصبح ولا أثر كبير لها مادام أن مالك العين لا يملك الثمرة إلا على شرط أن يدفع تكاليفها^(٣)

٢٣٤ - (٣) في التنازل عن حق الانتفاع أو اسقاطه : قلنا إن المادة ٥٩٥ فرنسي تقرر قاعدة عامة في قولها بأنه يجوز للمنتفع حق تأجير العقار . وهي تقرر كذلك قاعدة عامة في قولها أيضاً بالتجوز له في التنازل عن حق الانتفاع

(١) ج ٤ ص ٣٧١ ن ٦٥

(٢) د ، ٨٢ ، ١ ، ٣٦٥ — س ، ٨٢ ، ١ ، ٢٦٩ ومقال Labbé — كولون

وكايتان ج ١ ص ٨٠٦

(٣) دى هلس ج ٤ ص ٣٧١ ن ٦٥

للعين . لان الاصل في الحقوق أن تكون قابلة لحرية التصرف فيها ^(١) وان الحظر عارض عليها وهو لا يكون الا بنص وحيث لا نص فلا حظر وعلى ذلك يجوز التنازل عن حق الانتفاع للغير سواء كان التنازل بمقابل أو بغير مقابل . ويجوز رهنه رهنًا رسميًا ما دام أنه حق عيني وفيما اذا تعلق بعقار ^(٢) وعلى شرط أن يكون الحق المقرر للتنازل اليه ، مشترطاً كان أو موهوباً اليه أو مرتبهاً ، حقاً يتعلق أجله على الاجل الاصلى المضروب للمنتفع . لانه لا يجوز للانسان أن يملك الغير اكثر مما يملك هو . وكان الرومان لا يرون محلاً للتجوز بالتنازل عن حق الانتفاع باعتبار أن هذا الحق حق شخصي لا صق بصاحبه لا يقبل الانصراف عنه انما أباحوا للمنتفع أن يتنازل عن الفائدة الناتجة منه ^(٣) فقط . ولكن القانون الفرنسي خالف هذه القاعدة الرومانية أخذاً بالقواعد العامة كما ذكرنا . وهناك فرق بين التنازل عن فائدة الانتفاع وبين التنازل عن الانتفاع نفسه . ذلك انه بالتنازل عن فائدة الانتفاع بالمعنى الروماني يتولد في مال المتنازل اليه ^(٤) حق مستقل بذاته ^(٥) يختلف عن حق الانتفاع نفسه فلا يجوز أن تسرى عليه حينئذ المادة ٦٨٣/٥٥٩ مدني و٢١١٨ فرنسي التي تبين رهن العقارات وتبيح ايضاً رهن حق الانتفاع الخاص بالعقارات ايضاً (يتلاحظ أن المادة الفرنسية ٢١١٨ نصت على جواز رهن حق الانتفاع رهنًا رسميًا . اما المادة المصرية ٦٨٣/٥٥٩ فلم تنص على ذلك ولكن القضاء يقرره باعتبار أن حق الانتفاع مما يجوز بيعه بالمزاد العام كما تقضى بذلك المادة المصرية ^(٥) . وأما التنازل بالمعنى الحاضر وكما تقضى به المادة ٥٩٥ فرنسي المقررة لقواعد العامة الحاضرة فان للمتنازل اليه أن ينتفع هو الآخر بما كان ينتفع به المنتفع

(١) دى مجلس ج ٤ ص ٣٦٥ ن ٥١

(٢) دى مجلس ج ٤ ص ٣٦٦ ن ٥٣ Emolument de l'usufruit (٣)

(٤) Cessionnaire (٤) Droit sui generis (٥)

(٦) دى مجلس ج ٢ ص ٣٢٢ ن ٢٢ — تطبيقات بوريللي بك على المادة ٦٨٣ ص ١٨٤ ن ٤

الاصلي سواء بسواء ، أى انه يجوز له أن يرهن حق الانتفاع الذى حصل الاسقاط فيه اليه ^(١)

٦ - في استبدال الشيء المحمل بحق الانتفاع

بتعويض مالى

٢٣٥ - يقع ذلك فى حالتين :

الحالة الأولى : نزع ملكية العقار للمنفعة العامة : اذا حصل ذلك فيحصل التعويض محل العقار ^(٢) ويجب اما دفعه الى المنتفع ويرده هذا الاخير عند انتهاء حق الانتفاع مع تكليفه بتقديم كفالة واما ايداعه بمصرف مالى بالفوائد وصرف هذه الفوائد الى المنتفع

الحالة الثانية : فى مابول تعويضه التأمين محل العقار : اذا حصل التأمين على العقار المحمل بحق الانتفاع وأصابه حادث الحريق مثلاً جاز للمنتفع هو الآخر حق المطالبة بتعويض التأمين ما دام أن هذا التعويض حل محل العقار . ولكن العمل جرى على خلاف ذلك اذ تعقد شركات التأمين عقدين ، عقد مع المنتفع وعقد مع مالك العين . وتقدر كل من حق الانتفاع والرقبة على حدة وتقدر لكل منهما تعويضاً خاصاً . فاذا وقعت الفاجعة ^(٣) تقاضى كل من المنتفع ومالك العين قيمة التعويض المقرر له بعقد التأمين ^(٤)

٢٣٦ - هذا ولا محل هنا لان نتكلم على حق الانتفاع الخاص بالغايات والاحراش والمناجم والمهاجر ^(٥)

(١) كولين وكابتان ج ١ ص ٨٠٦ Subrogé (٢) Sinistre (٣)

(٤) كولين وكابتان ص ٨٠٧

(٥) انظر فيما يتعلق بفرنسا كولين وكابتان ج ١ ص ٨٠٧ — ٨٠٩

٧ - في حق الانتفاع الخاص

بالاموال المعنوية

٢٣٧ - ان ايرادات الاموال المعنوية ^(١) كأيراد المحلات التجارية ^(٢) وايراد حق المؤلف ^(٣) وفوائد المبالغ ^(٤) والسندات ^(٥) وأرباح الاسهم ^(٦) وايرادات المرتبات ^(٧) : هذه الايرادات جميعها تحكى الثمرات المدنية التي تكملنا عنها . وهي تحصل في أوقات معينة دورية دون المساس بكيان الاصل . وللمنتفع الحق حينئذ في الحصول عليها أخذاً بالقاعدة المقررة بالمادة ١٣ / ١٩ مدنى و ٥٨٢ فرنسى القائلة بأن للمنتفع الحق في استغلال الشيء (والمادة الفرنسية صريحة في الحصول على الثمرات الطبيعية بما فيها الصناعية والمدنية مع ملاحظة النقد الموجه الى كلمة الاستغلال ^(٨) الواردة بالمادة الفرنسية كما لاحظنا ذلك في مكانه)

٢٣٨ - على أنه يجب مراعاة ما يأتى :

(١) في المرتبات طول حياة الرأى ^(٩) : قررت المادة ٥٥٨ مدنى فرنسى « ان المنفعة المتوقعة على مرتب طول الحياة ^(١٠) تقرر للمنتفع حق قبض ايراد هذا المرتب ^(١١) طول مدة الانتفاع دون أن يلزم بأن يرد أى شيء » وهذه المادة تقر قاعدة عامة على عكس ما كان مقرراً قبل سن القانون الفرنسى اذ كان محظوراً على المنتفع قبض ريع المرتب الحيوى . ويجب أن تتمشى هذه المادة على حالة انتفاع الانتفاع ^(١٢) اذ يجوز للمنتفع من المنتفع ^(١٣) أن يتقاضى ريع المرتب الحيوى دون أن يلزم هو الآخر بأن يرد أى شيء ما . فاذا انقضى حق

Bénéfices (٢)	Revenus des biens incorporels (١)
Obligations (٥)	Créances (٤)
Arrérage d'une rente (٧)	Revenus dr. d'auteur (٣)
	Dividendes des actions (٦)
	Rentes viagères (٩)
	Jouir (٨)
Percevoir les arrérages (١١)	Usufruit d'une rente viagère (١٠)
Sous-usufruitier (١٣)	Usufruit d'un usufruit (١٢)

الاتفعا الاصلى انقضى معه الاتفعا المستند اليه ، أى اتفعا الاتفعا ، وذلك أخذاً بالقاعدة العامة القائلة بانقطاع حق الاتفعا بزوال الشيء المحمل به وهى المقررة بالمادة ٢٧/٤٦ مدنى و ٦١٧ فرنسى^(١)

٢٣٩ - ٢) أرباح المحل التجارى : للمنتفع بالمحل التجارى حق قبض أرباحه باعتبارها ثمرات مدنية . ولكن هل يجب الزام المنتفع بالتخلى عن جزء من أرباح المحل ليكون احتياطاً له^(٢) أو ليقابل استهلاك المحل^(٣) ؟ يجب الرجوع فى ذلك الى العادة التى كان يجرى عليها المالك للرقبة . فاذا كان مالك المحل التجارى قد اعتاد على حفظ جزء من أرباحه لهذا الغرض وجب على المنتفع التزامه بذلك أيضاً والا فلا التزام عليه

٢٤٠ - ٣) فى دفع الدين : اذا كان الاتفعا منصّباً على دين^(٤) فله حق أخذ فوائده واذا أبى المدين الوفاء اليه جاز للمنتفع ووجب عليه حق مقاضاته . ولكن هل له الحق فى قبض أصل الدين ؟ يقول القضاء الفرنسى بالايجاب ويؤيده الفقه^(٥) لان الاتفعا ينقلب فى هذه الحالة الى شبه انتفاع^(٦) ويصبح المنتفع مالكا للمبلغ على شرط أن يردّه عند انقضاء الاتفعا . وقال البعض باشتراط قبول مالك العين فى تسليم المبلغ للمنتفع^(٧) ولا محل لهذا الشرط ما دام أن المنتفع ملزم بتقديم كفالة

٢٤١ - ٤) فى حق الانتفاع الخاص بسننات البورصة^(٨) : للمنتفع الحق فى قبض المبالغ المبينة بقسائم الأرباح^(٩) الخاصة بالسندات^(١٠) وقبض أرباح الاسهم أيضاً^(١١) وكان يجوز القضاء للمنتفع الحق فى جمل الاوراق^(١٢) لحاملها

(١) كولن وكابتان ص ٨١٠ - ٨١١ Fonds de réserve (٢)

(٣) Amortissement (٤) Créance

(٥) د ٨٣ ، ١ ، ١٧٤ - س ٨٥ ، ١١٠١ - كولن وكابتان ص ٨١١

(٦) Quasi-usufruit (٧) س ٦٩ ، ٩٢ ، ومقال Labbé

(٨) Valeurs de bourse (٩) Coupons (١٠) Obligations

(١١) Dividendes des actions (١٢) Titres

بدلاً من أن تكون باسم صاحبها لانه كان يرى أن ذلك لم يخرج عن كونه عملاً يتعلق بإدارة الشيء المحمل بالاتتفاع^(١). ولكن صدر قانون فرنسي سنة ١٨٨٠ قرر بأن تقلل الاوراق من أسماء أصحابها الى حاملها^(٢) يعتبر نوعاً من أنواع التصرف في الورقة المالية^(٣)

ولكن اذا كان للمنتفع الحق في تقاضى فوائد السندات فهل له ايضاً الحق في قبض مكاسبها التي نالتها بالقرعة^(٤)؟ نعم أن كثيراً من الشركات تسحب سنوياً عدداً عظيماً من هذه السندات بالقرعة بعد أن تقررها أرباحاً معينة وذلك ترويحاً للاكتتاب الذي عرضته على الجمهور للحصول على قرض هي في حاجة اليه. ونعلم أن بعض الشركات تلجأ الى طريقة أخرى وهي أن تجعل السند ذا مبلغ وقت الوفاء به أكبر من المبلغ الذي تقاضته من المقرض^(٥) فتأخذ ١٠ جنيه في مقابل أن تردها ١٢٠ جنيه مثلاً وتقرر له أرباحاً أقل من الارباح العادية كأن تجعلها ١٪ بدلاً من ٣٪

ولقد أجاب بعض الشارحين على أن للمنتفع حق قبض هذه المكاسب الموضوعة على الشكلين المتقدمين^(٦) لأنها تعتبر ملكاً له. وحببتهم أن هذه المكاسب^(٧) مادام أنها في الحقيقة فوائد متجمدة من قبل فهي تعتبر حينئذ جزء من المنفعة^(٨) التي تعود على المنتفع. لانه اذا لم يكن هناك لاكسب بالقرعة^(٩) ولا كسب عند الوفاء^(١٠) فكان يترتب على ذلك حتماً زيادة الفوائد التي يكسبها المنتفع من طريق قيمة السندات

ولقد نقد البعض الآخر هذا الرأي ولاحظ عليه أن الاستنتاج غير صحيح مع الاقرار له بصحة القواعد الاصلية. ذلك لان الفوائد المتجمدة^(١١) لا تعتبر في ذاتها

(١) Acte d'administration (٢) Conversion (٣) Aliénation
(٤) Lots (٥) Obligation à prime (٦) Lots و Primes
(٧) Bénéfices (٨) Jouissance (٩) Lot (١٠) Prime
(١١) Revenus capitalisés

فوائد^(١). وفوق ذلك فإن هذه المكاسب^(٢) قد تكونت من طريق أخذها أجزاء متناثرة من جميع المقرضين أى من جميع السندات المعروضة للاكتتاب ولا يمكن للمنتفع أن يدعى أى حق ما على الفوائد المقررة للسندات المدلولة للآخرين^(٣)

ولكن هل يجوز مع ذلك ان يقال بأن هذه المكاسب^(٤) (أو المكافآت) يجب أن تعتبر كأنها فوائد غير عادية^(٥) أو كنز^(٦) أو هبة جاءت عفواً^(٧) وأنه بناء على ذلك تصبح ملكاً للمالك العين؟ يقول الشارحون بأنه لا محل لهذا القول لان المكافآت هذه تخالف الكنز لانها مأخوذة فى الحقيقة من الفوائد^(٨). وليس من العدل أن لا ينتفع بها المنتفع بالمرة. والواجب فى هذه الحالة أن لا يؤخذ بالقياس مع المادة ٥٩٨ مدنى فرنسى الخاصة بالكنز. بل يجب من الوجهة العقلية والمعادلة الرجوع الى المادة ٥٩٦ مدنى القائلة بأن المنتفع الحق بالانتفاع بالزيادة التى طرأت على الارض بواسطة الطمى^(٩) باعتبار ان حكم هذه المادة حكم عام. لان هذه المكافآت التى يقبضها صاحب السند^(١٠) لم تخرج عن كونها فى الحقيقة شيئاً جديداً اتصل بالشئ الاصلى كما يتصل الطمى بالارض^(١١) والشبه حاصل فى الاثنين. وعلى ذلك يصبح المنتفع قبض هذه المكاسب أو المكافآت والاستيلاء على فوائدها وردّها فى نهاية الانتفاع الى مالك الرقبة الاصلى^(١٢) ويجب الاخذ بهذا الرأى أيضاً فى جميع الاحوال المتشابهة كما اذا حصل توزيع المال الاحتياطى للشركة^(١٣) على حملة الاسهم^(١٤) وهو ذلك المال الذى تجمد لدى الشركة مما كانت يحتفظ به من مكاسب الشركة^(١٥) بسبب عدم توزيعه ضمن المبالغ المخصصة من

(١) Revenus (٢) Lots و Primes (٣) كولين وكابتان ج ١ ص ٨١٢

(٤) Lots و Primes (٥) Produit extraordinaire (٦) Trésor

(٧) Don de fortune (٨) Revenus (٩) Alluvion

(١٠) Obligataire (١١) Par accession

(١٢) د ٧٧، ١، ٣٥٣ س ٧٨، ١، ٥٠٠ وقال Labbé — س ٨٥، ٢، ٧٩

(١٣) Fonds de réserve (١٤) Actionnaires (١٥) Benefices

الأرباح للتوزيع على المساهمين^(١)

٨ - في واجبات المنتفع

٢٤٢ - تنقسم هذه الواجبات الى قسمين . واجبات يقوم بها عند البدء في الانتفاع . واجبات تلزمه اثناء مدة الانتفاع . ويجب مراعاة الاخذ بمقدار الانتفاع . واذا لم يوجد به شيء يتعلق بالواجبات والحقوق يجب الرجوع حينئذ الى ما قرره القانون في ذلك (المادة ١٩/٣٨ مدني)

١ - في واجبات المنتفع وقت البدء

في الانتفاع

٢٤٣ - يرى القانون الزام المنتفع قبل البدء بالاستغلال ووضع يده على الاشياء أن يقدم لمالك العين ضمانات^(٢) تضمن ردها اليه في المستقبل . والضمانات هذه على نوعين : محض جرد بالنقلات^(٣) وكشف^(٤) بالمقارنات ثم تقديم كفالة^(٥)

٢٤٤ - في محضر الجرد والكشف : تقول المادة ٢١/٤٠ مدني و٦٠٠

فرنسي ما يأتي : « اذا كان المبال المقرر عليه حق الانتفاع منقولاً وجب حصره بالجرد ولزم المنتفع تقديم كفالة به فان لم يقدمها بيع المال المذكور ووضع ثمنه في أوراق ميرية^(٦) وأعطت أرباحها اليه » وتضيف المادة الفرنسية على ذلك كشفاً بالمقارنات .

ومحضر الجرد ورقة يبين بها عدد النقلات^(٧) ووصفها^(٨) ويقول البعض بضرورة بيان قيمتها أيضاً^(٩) ولا محل للكشف الخاص بالمقارنات لانها تثبت بمسنداتها الخاصة بها وهي مستندات الملكية . والغرض من محضر الجرد ضمان

(١) Dividendes د، ٩٠٤، ١، ٥٩١ - س، ٩١١، ١، ٣٦١

(٢) Garanties (٣) Inventaires (٤) État (٥) Caution

(٦) Fonds publics (٧) Énumération (٨) Description

(٩) Estimation

رد الاشياء فيما بعد . والا فضل أن يعمل المحضر في مواجهة مالك العين كما نص بذلك القانون الفرنسى دون المصرى حتى يكون حجة عليه وحتى لا يقبل فيما بعد طعناً ما عليه . وأما من حيث شكل هذا المحضر فيجوز عمله بورقة عرقية اذا كان مالك الرقبة والمنتفع من ذوى الاهلية القانونية . واذا كان أحدهما من مفقودى الاهلية وجب فى نظرنا أن يتولى عمله الطرف الآخر المتمتع بالاهلية مع وصى الطرف الآخر أو قيمه أو وليه . ويرى الشارحون الفرنسيون أن يضمه موثق وما الذى يترتب عن عدم عمل محضر الجرد؟ وبما هو جزاء عدم وضعه ^(١)

جزاؤه نوعان : نوع احتياطى ونوع تأديبى

أما الجزاء الاحتياطى ^(٢) فقد نص عليه القانون الفرنسى بالمادة ٦٠٠ وهو حرمانه من وضع يده على الاشياء وليس معنى ذلك حرمانه من حق الانتفاع بها ولا مانع من الاخذ به بالقانون المصرى

وأما الجزاء التأديبى ^(٣) فهو انه ما دام لا يوجد سند تحت يد مالك العين للمطالبة بما ورد به عند انتهاء حق الانتفاع فيكون وقتئذ فى حل من اثبات وجود الاشياء المحملة بحق الانتفاع بجميع الواجه القانونية الممكنة بما فى ذلك الشهرة العامة ^(٤) وقال بذلك الشارحون الفرنسيون أخذاً بما ورد عندهم بالمواد ١٤١٥ و ١٥٠٤ فيما يتعلق بالزوج وعدم حصر ممتلكات زوجته التى آلت اليها والتى يلزم بردها فيما بعد ^(٥) وأما فى المقارنات فيقول البعض بأنه يفرض ان المنتفع استلمها بأحسن حال قياساً على المادة ١٧٣١ فرنسى عند عدم قيام المستأجر باثبات حالة الاعيان المؤجرة اليه (قارن مع ذلك المادة ٣٧٨/٤٦٣ مدنى مصرى) ويرى البعض الآخر عدم صحة هذا القياس لان المؤجر ملزم بتسليم الشئ بأحسن

(١) Sanction préventive (٢)

(٣) Sanction répressive

(٤) Commune renommée دى هلس ج ٤ ص ٣٦٠ ن ٣٧

(٥) كولن وكاتلان ص ٨١٤

حالة . وهذا يخالف حالة المنتفع مع مالك العين . اذ يستلم المنتفع الاشياء كما هي دون أن يلزم مالك العين بشيء فيما يتعلق بالتحسين^(١)

ويحصل أن العقد المقرر لحق الانتفاع كالوصية يعنى المنتفع من تحرير محضر جرد . ويعتبر هذا الاعفاء بمثابة التبرع ببعض الاشياء أو بمثابة الاباحة بردها على أسوأ حال . والتبرع بالايضاء جائز على شرط أن لا يكون لوارث (المادة ٥٣٦ من كتاب قدرى باشا) وإذا كان لاجنبى فلا يصح الا فى الثلث (المادة ٥٣٧ قدرى باشا) . هذا واعفاء الموصى للمنتفع من عمل محضر الجرد ليس بمانع للوارث بعمله بمصاريف من ماله الخاص . وليس للمنتفع حق الاعتراض على ذلك . ولكن ألا يتعارض هذا مع نية الايهاب والتبرع كما ذكرنا ؟ وهل يجوز للموصى الحظر على وارثه صاحب الرقبة من عمل محضر جرد ؟ قال القضاء الفرنسى بعدم صحة هذا الحظر وبابطاله . وينقد الفقه الحاضر هذا رأى اذ يلاحظ أن الموصى كان فى حل من أن يعمل أكثر من الحظر . ومن استطاع الاكثر استطاع الاقل^(٢)

٢٤٥ - فى تقديم الكفالة : تجب الكفالة فى حالة المنقولات كما تقول بذلك المادة ٢١ مدنى . والفرض من الكفالة أن تضمن للمالك العين فى أن يعمل المنتفع فى انتفاعه ما يعمل به رب الاسرة المعنى بشؤونه^(٣) (المادة ٦٠١ فرنسى وحكمها عام) والكفالة تقديم كفيل موسر^(٤) يكفل المنتفع فيما يلتزم به هذا الاخير . ويتمهد بأن لا يتلف المنتفع الاشياء المسلمة له وأن يستغلها طبقاً لما أعده لها المالك وأن يردها فى نهاية الانتفاع وأنه يلتزم بجميع أنواع المسؤولية التى يمكن أن يتحمل بها المنتفع فيما اذا أصبح هذا الاخير معسراً . وجزاء الكفالة جزاء احتياطى . والاصل أن المنتفع لا يملك الحق فى الزام مالك العين بتسليمه الاشياء طالما أن الكفالة لم تقدم . ولهذا الجزاء استثناءان :

(١) كولين وكابتان ص ٨١٤ وذلك فيما تعلق بالقانون الفرنسى بالنسبة للايجار

(٢) Qui peut le plus peut le moins كابتان ص ٨١٤

(٣) Un bon père de famille (٤) Repondant solvable

(١) التأخير في تقديم الكفالة : يجوز أن يطول وقت تقديم الكفالة لانه ليس من السهل العثور على كفيل . ولكن لما كان الغالب في الانتفاع أن يكون الغرض منه تقرير تفقة للمنتفع يقتات منها لذا قرر القانون الفرنسي بالمادة ٦٠٤ وحكمها عام بأن المنتفع لا يحرم مع ذلك من حقه في الثمرات مع تأخيره في تقديم كفيل لانها حقه ويستحقها من وقت فتح باب الانتفاع . وعلى ذلك لا يملك مالك العين ثمراتها بوضع يده عليها حتى يقدم الكفيل . ويجب عليه المحافظة عليها ليسلمها للمالكها أو يبيعها اذا خاف التلف عليها ويسلم ثمنها الى المنتفع أيضاً في الوقت الذي يقدم فيه هذا الاخير كفيلاً له

(٢) في استحالة تقديم كفيل : اذا استحال على المنتفع تقديم كفيل فلا يجوز أن يترتب على ذلك أن يحرم من مزايا حق الانتفاع^(١) وعلى الاخص اذا كان الانتفاع لازماً لتعيشه . وله الحق حيلئذ في تقديم رهن^(٢) مكان الكفيل أخذاً بالقاعدة العامة المقررة بالمادة ٢٠٤١ مدني فرنسي ، وينصرف الرهن هنا عادة وحملاً الى مبلغ من النقود . أما اذا استحال عليه تقديم كفيل شخصي أو كفالة عينية فتؤجر العقارات الى الغير أو يعين لها حارس قضائي^(٣) ليديرها ويسلم غلتها للمنتفع . وأما عن المنقولات فتباع ويشترى بثمنها أوراق ميرية^(٤) وتسلم فوائدها اليه في أوقات دفعها كما تقضى بذلك المادة ٤٠/٢١ مدني و ٦٠٢ و ٦٠٣ فرنسي . ويجوز للمنتفع أن يطلب الاحتفاظ مع ذلك ببعض المنقولات لمنفعته الخاصة كمفروشات المنزل مع تقديم كفالة يمين^(٥) أي على شرط أن يحلف بأن يردّها سليمة في نهاية الانتفاع

ولقد بين الشارع بالمادة ٤٠/٢١ مدني و ٦٠١ و ٢٠٤٢ فرنسي الطريقة التي تتبع في حالة عدم تقديم كفالة وهي بيع الاشياء المنقولة وتأجير المقار

Séquestre (٣)	Gage (٢)	Emolument (١)
Caution juratoire (٥)		Fonds publics (٤)

بعرفة حارس قضائي . ولم ترد هذه الطرق على سبيل الحصر بل يجوز اتباع طرق أخرى تكون ضامنة أيضاً لمالك العين . ذلك أن القضاء الفرنسي أجاز في حالة الانتفاع بالاوراق المالية لحاملها ^(١) نقلها باسمه هو ^(٢) فترصد في سجلات الشركة باسمه خاصة ، الملكية له ، والانتفاع للمنتفع ^(٣) ويجوز للمنتفع أن يقدم رهنًا رسميًا لعقار ^(٤) بدلا من الرهن الحيازي ^(٥) المنصوص عنه بالمادة ٢٠٤١ فرنسي ^(٦)

في اعفاء المنتفع من الكفالة : لما كان من المتعذر وربما من المستحيل على المنتفع أن يجد أحيانا كفيلا فقد جرت عادة الموصين أو الواهبين أن يعفوا المنتفعين منها . وعلى ذلك لا يجوز لمالك العين اكراه المنتفع على تقديم كفالة كما أنه ليس له أن يعمل على ما يعادل الكفالة فيحظر عليه جعل السندات لحامله باسمه ولكن اذا طرأ ما يدعو الى التخوف منه بما يخشى على الاشياء التي ينتفع بها كأن وقع في عسر مالي ^(٧) أو افلاس ^(٨) أو أغرق في استغلال الاشياء اغراقا ضاراً بها جاز للقضاة الزامه بتقديم كفالة . وربما يتفق هذا الرأي مع الغرض المقصود من الاعفاء من الكفالة . ورجع القضاء في رأيه هذا الى المادة ١٠٢ / ٢٥٦ مدني و ١١٨٨ فرنسي من طريق القياس فيما قرره من سقوط الاجل على المدين اذا عمل هو بنفسه على الاضعاف من التأمينات الخاصة بالضامنة للمدين الملزم به ^(٩) على أن المادة ٢٧ / ٤٦ مدني و ٦١٨ تقول بقطع الانتفاع عن المنتفع اذا غالى في الاستغلال ^(١٠) ، وحكمها عام ، فمن باب أولى ان يلزم بكفيل هذا هو الاعفاء الارادي ^(١١) او الاعفاء التماقدي ^(١٢) وهناك نوع آخر

Titres nominatifs (٢)	Titres au porteur (١)
٩١١ ، د — Wahl ومقال فاهل ٣٥٣ ، ٩٢ ، س — (٣)	٦٨ ، ١ ، ٩٢ ، د — (٣)
Gage (٥) Hypothèque (٤)	٨ ، ١ ، ٩٠٨ ، س — (١٤٢ ، ١)
١٣٧ ، ١ ، ٩٧ ، س — Planiol ومقال بلانيول	٦٠١ ، ١ ، ٩٧ ، د — (٦)
Failite (٨)	Déconfiture (٧)
٣٥٣ ، ١ ، ٩٢ ، س — راجع أسباب الحكم ومقال	٦٨ ، ١ ، ٩٢ ، د — (٩)
Abus de jouissance (١٠)	كولين وكابنان س ٨١٦ — ٨١٧
Dis. contractuelle (١٢)	Dispence volontaire (١١)

يسمى بالاعفاء القانوني ^(١) وهو الذى يقول به القانون نفسه ويقع فى حالتين :
 (١) حالة حق انتفاع الولى الشرعى (بفرنسا) بأموال اولاده فنازلا (قارن المواد ٤٢١ و ٤٢٢ و ٤٢٤ من كتاب الاحوال الشخصية لقدرى باشا) (٢) والنوع الثانى من الاعفاء القانونى هو اعفاء البائع والواهب اذا احتفظ كلاهما بحق الانتفاع لنفسه (المادة ٦٠١ مدنى فرنسى) . اما عن الواهب فهو حر فيما يعطيه للغير وما يحتفظ به لنفسه لان الموهوب اليه لا يملك حق الجدل والمنازعة مع ذلك وقت انعقاد عقد الهبة . واما عن البائع الذى يبيع الرقبة ويحتفظ بحق الانتفاع فيجوز ان يكره على الكفالة اذا أصر عليها المشتري وقت انعقاد العقد . وما دام انه لم يطلبه فهو واثق بالبائع ^(٢) . هذا ولا نرى مانعا من الاخذ بهذه المادة ٦٠١ الفرنسية لانها تقر قاعدة عامة على انه يجب ان نلاحظ دائما ان الاصل فى شرعية الاعفاء الثقة . فاذا زالت زال معها الاعفاء وجاز للقضاء الوام المعنى بتقديم كفالة

ب - فى واجبات المنتفع اثناء قيام

حق الانتفاع

٢٤٦ — رأينا ما قرره المادة ٣٩/٢٠ مدنى فى أنه « يجب على من له حق الانتفاع أن يستعمل الشيء فيما وضع له ^(٣) وترجع واجبات المنتفع وقت الانتفاع الى هذه القاعدة وذلك انه يلزم بالمحافظة على الشيء وعلى رده بكيانه الاصلى وأن يستغله كالمالك وأن يقوم بالتكاليف ^(٤) المقابلة للربح ^(٥) ومن هنا تقررت قواعد هامة رجع فيها الى القانون الرومانى . ولكن يلاحظ أن الرومان لما رأوا أن حق الانتفاع حق عيني أبوا الاقرار بوجود رباط التزامى بين المنتفع ومالك العين ولذا

(١) Dis-légale (٢) كولين وكابتان ص ٨١٧ (٣) Destination

(٤) Charges (٥) Revenus

تدخل القاضى المشرع^(١) وقرر نظرية التماقيد القضائى للغير^(٢) وهى المقابلة للالتزامات التى كان من اللازم الزام المنتفع بها . وكان هذا الاخير ملزماً قبل الاستغلال بالتعهد بأن يستغل كرب الاسرة المعنى بشؤونه وذلك جواباً على ما يوجهه اليه مالك العين من الاسئلة . ولما زال هذا النوع من التحاور بالاسئلة والاجوبة^(٣) وما يترتب عليه من الالتزامات اعتبر وجود هذه الالتزامات مفروضاً كأن التحاور حصل بالفعل فترتبت عليه هذه الالتزامات . وعلى ذلك اعتبر المنتفع ملزماً دائماً وأبداً أمام مالك العين بالترام شخصى . أما القوانين المصرية فقد تخلت عن الاخذ بهذه المجازات الرومانية وهذه الفروض فى تقرير الالتزامات وواجهت هذه الالتزامات واحداً بعد الآخر من طريق النص عليها نصاً لا محل فيه لتصوير المجازى الرومانى
أما هذه الالتزامات فهى :

١ - فى الالتزام بالمحافظة على الشيء

وفى التأمينات

٢٤٧ - يلزم الملتزم بالمحافظة على الشيء والقيام عليه بالرعاية اللازمة . وإذا اعتدى الغير على الشيء بالنصب وجب عليه اخبار مالك العين ، والا التزم هو بالتعويض كالتزامه فى حالة وقوع تلف منه (المادة ٦١٤ فرنسى وحكمها عام) . على ان للمنتفع الحق فى مقاضاة المتعرض له مباشرة بما تقرر له من دعاوى وضع اليد التى سيأتى ذكرها فيما بعد وذلك باعتباره واضع اليد^(٤) ويجب عليه أن يقوم هو بنفسه بالاحتياطات التحفظية^(٥) كأن يقطع التقادم على من يسير فيه ضد مالك العين لأن ذلك من عمله باعتباره شاغلاً للأرض ولأن مالك العين بعيد عنها فلا يسهل عليه القيام به

(١) Préteur (٢) Stipulation prétorienne (٣) Stipulation (٤) Possesseur (٥) Mesure conservatoire

وهل يترتب على قيامه بالمحافظة على الشيء التأمين على العقار ضد الحريق أو على الاستمرار في دفع أقساط التأمين الذي أجراه مالك العين قبله ؟ قيل بالسبب وحجة القائلين ان التأمين عقد احتياطي شخصي محض^(١) وقالوا بأنه من الواجب حينئذ على مالك العين أن يؤمن على الرقبة وهي المملوكة له . لان المنتفع لو أمن على العقار أو استمر في دفع أقساط التأمين السابق تأميناً يتناول الملكية الكاملة للعقار فلا يكون له من الحق في المطالبة بمبلغ التعويض عند وقوع حادث الحريق الا بما يقابل حق الانتفاع فقط وذلك أخذاً بالقاعدة المقررة في هذا الشأن في أن التأمين هو عقد عن تعويض لا يترتب عليه أن يكون مصدر غم ورجح للمؤمن له^(٢) . ولذا جرت عادة العمل أن لا يؤمن المنتفع الا على حق انتفاعه فقط لا على الملكية بأجزائها المختلفة . ولمالك الرقبة اذا شاء أن يؤمن على حق الرقبة

على انه يحصل ان يستمر المنتفع أو مالك العين على دفع أقساط التأمين السابق الذي أجراه المالك الاصلى للعين . فاذا فرض وكان المستمر فيه هو المنتفع ثم وقع حادث الحريق فلا يجوز له أن يطالب الا بالتقدر المناسب من تعويض التأمين بما يعادل حق الانتفاع فقط كما رأينا ذلك . ولكن هل يجوز لمالك العين هو الآخر أن يطالب بالباقي باعتباره معادلاً لحق الرقبة وباعتبار ان المنتفع في استمراره في دفع أقساط التأمين انما كان يعمل بالنسبة لمالك الغير بمثابة فضولى أى يدير عمله في غيبته ؟ يجوز له ذلك كما أقره الفقه الفرنسي والقضاء الفرنسي أيضاً^(٣)

٢ - في التزام المنتفع بمصاريف

المحافظة على الشيء

٢٤٨ - يجب على المنتفع المحافظة على الشيء بالحالة التي استلمه بها . ومن

(١) Contrat de prévoyance (٢) كولين وكابتان ص ٨١٨

(٣) كولين وكابتان ج ١ ص ٨١٩ — د ٨٨ ، ١ ، ١٧٧ — س ٨٩ ، ١ ، ٢٧٣

أجل ذلك تقول المادة ٢٥/٤٤ مدنى و٦٠٥ فرنسى ما يأتى : « يجب على المنتفع أن يقوم بكافة المصاريف اللازمة لحفظ وصيانة الشيء المنتفع به ^(١) وليس له أن يكلف المالك بصرف شيء مطلقاً » والمراد بمصاريف الصيانة أى المصاريف اللازمة للاصلاحات العادية الصغيرة ^(٢) وأما الاصلاحات الكبرى ^(٣) فيشكلل بها مالك العين الا اذا تسبب فيها المنتفع لعدم قيامه بالاصلاحات العادية (المادة ٦٠٥ فرنسى وحكمها عام) وقد ذكرت المادة ٦٠٦ فرنسى مفردات النوع الثانى وأطلقت التعبير بالنسبة للنوع الاول . ويتمشى النوطان مهما كان الشيء محل حق الانتفاع أرضاً أو بناء . ويرجع فى بيان التفرقة بينهما ^(٤) الى روح القانون ^(٥) بأن يعتبر من المصاريف العادية ما يمكن أخذه من الربح . والا فيعتبر من المصاريف غير العادية التى يتحمل بها مالك العين مثل اصلاح الجزء الاسفل من المسرح ^(٦) اذ يعتبر من الاصلاحات الكبرى ^(٧)

وما جزاء عدم القيام من جانب المنتفع بالمصاريف الصغرى ، ومن جانب مالك العين بالمصاريف الكبرى ؟

٢٤٩- عدم عدم قبول المنتفع بالمصاريف الصغرى : فريق يأخذ بالنظرية الرومانية القائلة بالتزام المنتفع أمام مالك العين ويبيح لهذا الأخير حق مقاضاة المنتفع بالتزامه بالقيام بهذا النوع من المصاريف ، وفريق يقول عكس ذلك ^(٨) اذ يرى ان فى اكراه المنتفع قضائياً بالاصلاح ما لا يتفق مع روح العمل لما فيه من تدخل مالك العين فى شؤون المنتفع والرقابة عليه فيما يجريه . وفوق ذلك فان المنتفع لا يعتبر ملتزماً أمام مالك العين الابرء الشيء ^(٩) ويترتب على ذلك ضرورة قيامه بالصرف عليه واصلاحه الاصلاح العادى . ولا يحين وقت تقرير مسئوليته

(١) Dépenses d'entretien (٢) Réparation d'entretien

(٣) Grosses réparations (٤) Criterium (٥) Esprit de la loi

(٦) Théâtre (٧) كتابتان ص ٨٢٠ (٨) كولين وكتابتان ص ٨٢٠

(٩) Propter rem

الا عند انقضاء حق الانتفاع اذ في ذلك الوقت يعتبر مسئولاً فيها اذا لم يسبق له ان قام بالاصلاحات العادية لانه لم يتم وقتئذ برد الشيء بالحالة التي استلمه بها . على أن المنتفع الحق في رفع المسؤولية عنه بترك حق الانتفاع اذ رأى ان المصاريف العادية تكلفه ما لا يطيق . ويستحيل الترك هذا بتسليم الشيء للمالك والكف عن جنى ثمرته في الوقت الذي كان يجب القيام فيه بالاصلاحات العادية

٢٥٠ — عن عدم قيام صاحب العين بالاصلاحات الكبرى : تكاليف الاصلاحات الكبرى على حائز مالك العين ولكن لا يلزم بالقيام بها ولا سبيل لزامه بذلك لان موقفه أمام المنتفع موقف سلبى اذ ينحصر في أن يترك المنتفع ينتفع وليس عليه أن يعمل على تسهيل الانتفاع له . ويؤيد ذلك نص المادة ٢٥/٤٤ مدني وصيغة المادة ٦٠٥ فرنسي ونص المادة ٦٠٧ فرنسي التي قررت بأن لا يكره المالك والمنتفع على تجديد ما تهدم بالحوادث الجبرية والقهرية وبالتقدم ^(١) ويتفق ذلك ايضاً مع العدالة لان في تحميل المالك للرقبة بالمصاريف الكبرى ارهاقاً له ومساساً برأس ماله وربما لا تعود فائدة ما عليه اذا اجتمع حقا الرقبة والانتفاع بيده ^(٢) واذا فرض وقام المنتفع بالمصاريف فليس له الرجوع بها على المالك لان في ذلك اكراهاً غير مباشر للمالك العين بالقيام بالمصاريف الكبرى وهو غير مقبول . وهناك رأى يقول به مع ذلك ويقرر بأن المنتفع لا يتقاضى ما صرفه مقدماً على هذه الاصلاحات الكبرى الا في نهاية الانتفاع ويتحمل هو بفوائد المبلغ الذي صرفه أخذاً بالقياس مع المادة ٦٠٩ فرنسي التي قررت بأن الديون المطلوبة يقوم بها مالك العين ويلزم بفوائدها المنتفع . على أن القضاء الفرنسي يرى الحكم للمنتفع بما زاد في قيمة الشيء ^(٣) بسبب قيامه بالاصلاحات الكبرى . وهذا هو أوجه الآراء المتقدمة ^(٤) وليس للمنتفع أن ينشئ بناء أو يحدث غرساً بالأرض

(١) Vétusté (٢) كولين وكابنان ص ٨٢٠ — ٨٢١ د ، ١٩٠١ ، ١١

٢٠٩ ومقال Guénée — س ، ١٩٠٤ ، ٣٦٤١ Plus-value (٣)

(٤) د ، ١٩١١ ، ٤٥٧ — س ، ١٩١٣ ، ٩٢٤١

بدون رضا المالك بكتابة تؤخذ عليه أو بإقراره أو بامتناعه من الحلف (المادة ٢٦/٤٥ مدني)

هذا ولقد تقد الشارحون الفرنسيون ^(١) ما قرره القانون الفرنسي بشأن المصاريف العادية وغير العادية أي الاصلاحات الصغرى والاصلاحات الكبرى من جعل الاولى على المنتفع والثانية على المالك في الوقت الذي قرر فيه بعدم ازام أحد من الطرفين بتجديد ما تهدم بالقدم وبالحوادث الجبرية والقهرية . ويرون انه كان الازام من طريق حسن القيام بإدارة الاعيان الموقوفة على حق الانتفاع أن يخصم من ريع هذه الاعيان جزء كل سنة يتكون منه مال يسمى بمال الاستهلاك ^(٢) يصرف في اصلاح الاعيان سواء كان الاصلاح عادياً أم غير عادى، اذ يجب على ذلك اعتبار الاصلاح غير العادى عادياً . وان كان الشارع المصرى أو الفرنسى لم يأخذ بهذه القاعدة الصحيحة التي ذكرناها فلأن كلا منهما يرى أن الغرض الحقيقي من حق الانتفاع إنما هو تحصيل القوت اللازم والنفقة الضرورية للمنتفع ، الامر الذى يدعو الى عدم تحميل المنتفع بما لا تطيقه حالته المالية

٣٨ - في التزام المنتفع

بتحمل تكاليف الانتفاع

٢٥١ - هذه التكاليف ^(٣) على أنواع :

- (١) **تكاليف عامة** : يتكفل بها المنتفع باعتبارها في مقابل الاستغلال وهي التي تؤخذ ائمانها عادة من الريع . وهي طائفتان تكاليف عادية وتكاليف غير عادية
- التكاليف العادية** ^(٤) : وهي العوائد والضرائب وتطهير الترع الخاصة ونزع المراحيض (المادة ٦٠٨ فرنسى وحكمها عام) وهو ملازم بها
- التكاليف غير العادية** ^(٥) : تتصل هذه برأس المال لا بالريع وهي المنوه عنها

(١) كولبن وكابتان ص ٨٢١
 (٢) Fonds d'amortissement (٢)
 (٣) Charges (٣)
 (٤) Ch. ord.
 (٥) Ch. extraor.

بالمادة ٦٠٩ فرنسي في أن المنتفع دفع الديون على شرط الرجوع بها على مالك العين في نهاية الانتفاع وأنه يتحمل هو بالفوائد التي كانت مستحقة . وإذا كان العقار المحمل بحق الانتفاع مرهوناً رهنناً رسمياً ^(١) تحمل المنتفع بفوائد دين الرهن باعتبار أن ذلك يدخل في عداد التكاليف العادية

وما القول بشأن ما إذا كان المالك قد استدان قبل الانتفاع بدين تعهد بدفعه مع فوائده على أقساط متساوية مدة معينة من الزمن مثل ١٠ سنوات ^(٢) ورهن عقاره محل الانتفاع وفاء للدين . وبلاحظ أن القسط السنوي ^(٣) يشمل فوائد الدين وجزءاً من الدين نفسه . وهذا الجزء من الدين يزداد كل سنة وهو داخل القسط السنوي ما دام أن الفوائد تنقص بنقصان الجزء المدفوع من رأس المال . فهل في هذه الحالة يلزم المنتفع بجميع الاقساط التي تحمل مدة الانتفاع، أو أنه لا يلزم إلا بالقدر اللازم من الفوائد فقط ؟ يرى القضاء الفرنسي الأخذ بالرأي الثاني اعتماداً على المواد ٦٠٨ و ٦٠٩ في أن الفوائد من التكاليف العادية وأن الدين الأصلي من التكاليف غير العادية التي ياتزم بها مالك العين ^(٤) وقد لاحظ الناقدون لهذا الرأي أن المالك كان يعتمد عند الاقتراض على ما كان يصيبه من ريع العقار المرهون . فإذا استحال عليه تخصيص الربح كلاً أو بعضاً في دفع القسط فقد استحال عليه الوفاء بالدين . ولكن يرد على هذا النقد أنه إذا قيل بأن يتحمل المنتفع بدفع القسط السنوي كله لاستفاد مالك العين فقط دون المنتفع وأثرى على حساب هذا الأخير وأصبح المنتفع محروماً من بعض ريع العقار ان لم يكن كله إذا استغرقه القسط . على أن هذا النوع من القرض المؤجل الوفاء فيه بأقساط سنوية متساوية يمتاز عن القرض العادي في أن الوفاء

(١) Hyp. (٢) Prêts remboursables par voie d'amortissement

(٣) Annuité (٤) د، ٩٩، ١١٧ ومقال De Lanza de Laborie — س،

٩٩، ١، ٧٨ — كولين وكابتان س ٨٢٢ — ٨٢٣

بالدين لا يكون مرة واحدة . فإذا فرض وكان القرض هذه المرة قرضاً عادياً غير مقسط ورهن من أجله العقار ، أليس من المؤكد أن مالك الرقبة يقوم بالوفاء بالدين كله عند حلول أجل الوفاء ؟ فلماذا ينصرف عنه هذا الالتزام فيما إذا كان القرض بأقساط في الوفاء ، ولماذا يحمل المنتفع بدفع أصل الدين وهو الذي أخذه مالك العين وانتفع به وحده ^(١) ؟

ويجب أيضاً الأخذ من طريق القياس بالمادة ٦٠٩ التي تلعب هنا دوراً هاماً فيما يختص بالأوراق المالية بالبورصة ^(٢) إذا لم يتم دفع قيمتها بأجمعها . فإذا انصب حق الانتفاع على هذه الأوراق فمن ذا الذي يلزم بدفع الباقي من قيمة هذه الأوراق ، أالمنتفع أم مالك الرقبة ؟ ان المنتفع لا يدفع منها شيئاً . لان هذا التكليف غير عادي ولا يحمل به الا مالك العين . فإذا قام المنتفع مع ذلك بالوفاء من ماله فله عند انقضاء الانتفاع حق الرجوع على مالك العين بما يقابل اصل الدين لا الفائدة

٢٥١ مكرر - في الديون المحملة بها الأشياء محل الانتفاع : الاصل ان المنتفع لا يلزم بالديون التي اشتغلت بها ذمة مالك العين قبل البدء في الانتفاع . وذلك لان العقد المقرر للانتفاع يعتبر حجة على دائي مالك العين ويسرى عليهم كما يسرى أى تصرف يحصل منه في ممتلكاته . ولا يجوز لهم استيفاء ديونهم الا مما تبقى من هذه الممتلكات . ولهم حق التنفيذ على حق الرقبة له . على ان لهذه القاعدة استثناءان :

اولا - اذا كان حق المنتفع قاصراً على عقار معين مرهون ^(٣) التزم المنتفع بدفع الدين المطلوب اذا حان اجل الوفاء ، وذلك باعتباره حائزاً للعقار ^(٤) وله حينئذ في هذه الحالة حق الرجوع بما دفع على مالك الرقبة كسكل حائز للعقار (المادة ٦١١ فرنسي وحكمها عام)

Titres de bourse (٢)

(١) كولين وكابيتان ص ٢٣٠

Usufruitier à titre particulier d'un l'immeuble hypothéqué (٣)

Tiers détenteur (٤)

ثانياً - إذا كان حق الانتفاع منصّباً على تركّة^(١) أو على جزء شائع فيها^(٢) وجب عليه دفع الدين كله في الحالة الاولى ونصيبه فيه في الحالة الثانية بنسبة حقه في الانتفاع . والوجوب هنا وجوب ختمى لا خلاف فيه . ويحصل ذلك على الغالب في الوصايا

٢٥٢ - (٣) في مصاريف الدعوى : من الذى يتكفل بمصاريف الدعاوى الخاصة بالاشياء المحملة بحق الانتفاع ؟ يجب في ذلك مراعاة ما يأتي :

١ - مصاريف الدعاوى الخاصة بالاستغلال يلتزم بها المنتفع (المادة ٦١٣ فرنسى وحكمها عام)

٢ - وإذا تعلقت هذه المصاريف بالرقبة تحمل بها صاحبها اى مالك العين

٣ - وإذا تعلقت بالاستغلال والرقبة معاً كما اذا رفعت دعوى من الغير يطلب فيها تثبيت ملكيته للعين المتوقعة عليها حق الانتفاع ، تكفل المنتفع بفوائد المبالغ المنصرفة على الدعوى . والتزم مالك العين بأصل هذه المصاريف

ج - في الجزاء المترتب على مخالفة المنتفع لالتزاماته

في سقوط حق الانتفاع

بسبب الارهاق في الاستغلال

٢٥٣ - الاصل أن لا يظهر أثر الجزاء عند مخالفة المنتفع للالتزامات المقررة عليه ، الا وقت حلول الاجل المضروب لانقضاء الانتفاع . أى لا يمكن الحكم على ما اذا كان المنتفع قد قام نحو الشيء محل الانتفاع ، كما يقوم عادة رب الاسرة المعنى بشؤونهم نحو ممتلكاته ، من العناية بالصرف عليه والمحافظة على كيانه ، الا اذا

كان ذلك حاصلًا وقت رد الشيء الى مالكه . ولكن يحصل أن انتظار وقت الرد مما لا يدخل تحت واجب أخذ الاحتياطات التحفظية التي لا بد منها . لذلك قرر الشارع سقوط الحق ^(١) عن المنتفع ، أى قرر جزاء خاليًا لا يتوقف على حلول الاجل المضروب لا تقضاء الانتفاع . وقالت فى ذلك المادة ٤٦/٢٧ مدنى و٦١٨ فرنسى : « ينتهى حق الانتفاع ^(٢) بانقضاء الزمن المعين له أو بترك المنتفع حقه فيه ^(٣) أو بانعدام المال المقرر عليه حق الانتفاع ^(٤) أو باستعماله استعمالًا غير جائز ^(٥) والعمل غير الجائز هذا أو بعبارة أخرى التعسف فى الاستغلال ^(٦) أمر متروك للقضاء يرجع فيه للظروف كما اذا اعتاد المنتفع على بيع الزرع قبل حصاده أو قبض الثمرات المدنية قبل حلول آجالها أو استغلال العقار بما يخالف ما أعده المالك وهكذا . ويجوز للقضاء بدلا من الحكم بسقوط الحق أن يحكم بوضع يد مالك العين عليها واستغلالها وصرف الغلة الى المنتفع أو الى خلفائه ^(٧) حتى ينقضى أجله (المادة ١٦٨ مدنى فرنسى وحكمها عام) ويجوز للقضاء أيضا إلزام المنتفع بتقديم ضمانات تكفل ادارته العقار أو تكفله اذا أعوز فى نهاية الانتفاع كأن تلزمه بتقديم مبلغ على سبيل الضمان أو أن تحكم بجعل الاسهم لحاملها أسهما باسم مالك الرقبة . حتى ولو كان المنتفع معفيا من تقديم كفالة بالعقد المقرر للانتفاع . ولما كان لدائى المنتفع مصلحة ظاهرة فى أن لا ينقضى الانتفاع انقضاء عاجلا قبل أو ان حلول أجله فلهم حق التدخل فى الدعوى والعمل على اصلاح ما أفسدته يد المنتفع حتى يستبقوا بذلك مصدرا يرجعون اليه فى تقاضى ديونهم منه ، وهو الانتفاع (المادة ١٦٨ فرنسى وحكمها عام)

٢٥٤ - اذا علم ذلك فما هو التعليل القانونى لسقوط حق المنتفع بالانتفاع بسبب التعسف فى الانتفاع ؟ هناك رأيان . رأى يرجع الى أن الالتزامات التي يلزم بها المنتفع هى التزامات شخصية ترتبط بمالك العين . وعلى ذلك يقول أصحاب

(١) Déchéance (٢) S'éteint (٣) Renonciation (٤) Perte (٥) Abus (٦) Abus de jouissance (٧) Ayants-cause

هذا الرأي استناداً على المادة ١١٨٤ مدني^(١) انه ما دام المنتفع مدين شخصياً للمالك العين وجب فسخ العقد^(٢) اذا لم يقيم المدين بالوفاة بما التزم به باعتبار أن الفسخ نتيجة حتمية للعقود التبادلية. ورأى آخر لا يرى هذا الرأي لانه ان وقع الانتفاع من طريق التعاقد فالأمر فيه نادر^(٣) والغالب ان يقع من طريق الوصية. وعلى ذلك لا محل للاخذ بالمادة ١١٨٤ القاضية بالفسخ الضمني في العقود التبادلية. ويقول اصحاب هذا الرأي بأن التزامات المنتفع ليست التزامات شخصية قبل مالك العين كما كان يقول الرومان لان المنتفع في الوقت الحاضر لا يلتزم الا بالشيء نفسه وردده عند انقضاء الاجل^(٤). وعلى ذلك لا يعتبر الجزاء المقرر بالمادة ٢٧/٤٦ مدني ١١٨٠ جزءاً منحصراً في فسخ العقد، بل جزء مدني^(٥) أي نوع من المؤاخذة المدنية وما هي الحكمة في هذا التعليل القانوني لذلك الجزاء، والاخذ بأحد الرأيين؟

الحكمة من ذلك انه اذا فرض ورهن المنتفع حقه في الانتفاع المتوقع على عقار طبقاً للمادة ٢١١٨ مدني فرنسي التي تبيح رهن حق الانتفاع رهنًا رسميًا والتي قررنا الاخذ بها بمصر كما أيدنا في ذلك القضاء والفقه المصريان وكما ذكرناه بكتانه ثم تعسف المنتفع في استغلال العقار بما ترتب عليه سقوط حقه في الانتفاع. فاذا اخذنا بنظرية الفسخ بالرجوع للسادة ١١٨٤ مدني فرنسي لترتب على ذلك زوال حق الانتفاع وزوال ما ترتب عليه بفعل المنتفع أي زوال الرهن ايضاً لزوال العقار المحمل بالرهن (المادة ٢١٢٥ فرنسي وحكمها عام) واذا أخذنا على العكس من ذلك بنظرية المؤاخذة المدنية وهي المؤاخذة التي تشوبها شائبة العقوبة الجنائية لبقى الرهن قائماً مع زوال حق الانتفاع، لان الأصل في العقوبة أن تكون شخصية لا تنصب الا على رأس من أجرم واذنب ولا يتعدى أثرها غيره. وعلى ذلك يظل الرهن قائماً ضماناً لحق الدائن المرتهن. وهذا هو الرأي الراجح والذي نأخذ به وقد أخذ به القضاء البلجيكي^(٦) وهو يتفق مع العدالة التي تقضي بحماية

(١) والتي لا مثيل لها بالقانون المصري ولكنها تقرر قاعدة عامة كما اثبتنا ذلك بكتابتنا في لائحات. راجع من ٢١٥ ن ٢٢٩ وما بعدها (٢) Résolution (٣) كابتان من ٨٢٦ (٤) Propter rem (٥) Penalité civile (٦) كابتان من ٢٨٦

الغير ويتفق أيضاً مع الاعتبارات التاريخية السابقة عليه

وفوق ذلك فإن الشارع المختلط دون الاهلي قرر بالمادة ٤٦ مدني ما يأتي :

« ينتهى حق الانتفاع بانقضاء الزمن المعين له أو بترك المنتفع حقه فيه أو بانعدام المال المقرر عليه حق الانتفاع أو باستعماله استعمالاً غير جائز^(١). هذا مع مراعاة حقوق الدائنين برهن^(٢) ومعنى ذلك أن الشارع المختلط رأى انه اذا انقضى حق الانتفاع بسبب تعسف المنتفع في طريقة الاستغلال وترتب على ذلك سقوط حقه في الانتفاع فإن هذا السقوط لا يؤثر في شيء ما على حقوق الدائنين المرتهنين للمقار محل الانتفاع رهناً رسمياً. وهذا يؤكد بأن الشارع المختلط اراد الاخذ بنظرية المؤاخذه المدنية لا بنظرية الفسخ

ومما نتساءل فيه الآن، لماذا لم يقرر الشارع الاهلي بالمادة ٢٧ المقابلة للمادة ٤٦ المختلطة ما قرره الشارع المختلط ؟ وهل يؤخذ من عدم نقل هذه العبارة « هذا مع مراعاة حقوق الدائنين برهن » ان الشارع الاهلي اراد ان يقرر قاعدة خلاف القاعدة التي قررها الشارع المختلط ؟ أى هل يستفاد من ذلك ان الشارع الاهلي اراد أن يأخذ بنظرية الفسخ دون المؤاخذه المدنية ؟ نظن لا . لانه لو كان ذلك غرض الشارع الاهلي لكان نص بعبارة صريحة على ضرورة الاخذ بنظرية الفسخ، ولما كانت هناك حاجة تدعوه الى التزام الصمت والسكوت في موقف أفصح فيه الشارع المختلط عن رأيه . انما تفسر نحن هذا السكوت في أن الشارع المختلط قرر عبارته المذكورة بالمادة ٤٦ أخذاً بالقاعدة التي جرى عليها في ضرورة حماية الدائنين المرتهنين رهناً رسمياً في احوال أخرى مشابهة، كما فعل بالمادة ١٠٧ مدني حيث حمى الدائن المرتهن حسن النية ، اذا قضى بعدم تملك المدين الراهن وتبين أنه قد مضت مدة خمس سنوات على وضع يد المدين (انظر المواد الاخرى مدني مختلط ٤٧ ، ٧٨٨ ، ١٧٦ ، ١٩٧ ، ٢٤٢ ، ٣٤٠ ، ٤١٣ ، ٤١٧^(٣) لجعل الشارع المختلط

نفسه متناسقاً مع ما قرره في مواطن أخرى من ضرورة حماية الدائنين المرتهنين ترويحاً لاثقة الرهنية بنصر. ولما جاء الشارع الاهلي سنة ١٨٨٣ ووضع مادته ٢٧ لم يشأ ان ينقل العبارة المذكورة الواردة بالمادة المختلطة والخاصة بحماية الدائنين المرتهنين، لا نه جرى على قاعدة عكسية بالنسبة لهؤلاء الآخرين فلم يشأ ان يقرر لهم استثناء شاذاً مخالفاً للاصول القانونية، ذلك الاستثناء الشاذ الذي قرره الشارع المختلط. أي ان عدم نقله للعبارة المذكورة لم يكن آتياً بسبب انه لا يريد الاخذ بنظرية المؤاخذه المدنية بل لانه أراد المحافظة على المبادئ العامة المقررة والقائلة بأن في عدم تملك المدين الراهن زوالاً للرهن المقرر على العقار. ولانه يستحيل أن يقرر الانسان على العقار حقوقاً أكثر مما له من الاصل

٩ - في التزامات المنتفع عند انقضاء حق الانتفاع

٢٥٥ - أهمها التزام المنتفع برد الشيء الى مالك العين عند انقضاء الانتفاع. ويختلف هذا الرد باختلاف الشيء نفسه فيما اذا كان الرد واقعاً على الشيء نفسه أو واقعاً على شيء يستهلك بالاستعمال أو على شيء يتعلق بالاستعمال (١) في رد الشيء نفسه وبالمرات^(١): يعتبر المنتفع في هذه الحالة حائزاً للملك الغير ومدينساً بالرد في آن واحد. وللمالك حق رفع دعوى تثبيت الملكية^(٢) وهي دعوى عينية. وله الدعوى الشخصية^(٣) المقررة له ضد كل حائز للشيء حيازة عرضية^(٤) في طلب رد الشيء اليه. وتختلف هذه الدعوى عن الدعوى السابقة في انه لا بد فيها للمدعي من أن يثبت عقد تسليم الشيء الى الحائز ولا يلزم باثبات الملكية كما في الدعوى الأولى وهو اثبات محفوف عملياً بالمصاعب كما سنرى ذلك في حينه. والمنتفع يعتبر مدينساً بشيء معين^(٥) وهو ملتزم برده بالحالة التي أخذه بها وقت ظهور الانتفاع. وتثبت هذه الحالة كما رأينا بمحض الجرد

Action en revendication (٢)

Restitution en nature (١)

Défendeur précaire (٤)

Action personnelle (٣)

Corps certain (٥)

أو بكشف المقارنات عند البدء في الاستغلال . ونضيف على ذلك انه طبقاً للقواعد العامة المقررة بالمادة ١٣٠٢ مدني فرنسي تبرأ ذمة المنتفع بهلاك الشيء بقوة قاهرة أو حادث جبري كالخريق دون أن يثبت اهمال له فيه . وعليه اثبات الحادث الجبري فاذا أثبتته برئت ذمته ^(١) لان هلاك الشيء على المالك ^(٢)

(٢) الرد اذا ظلم الشيء يستعمل بالاستهلاك : يعتبر المنتفع في هذه الحالة غير مدين بشيء معين يستهلك لجرد استعماله ^(٣) . أي مدينا بما يعادل قيمة ما أخذه . وما دام انه مالك لما أخذه فهلاكه عليه . ويعتبر المنتفع هنا شبه منتفع ^(٤) وتقول المادة ٥٨٧ فرنسي بأنه يرد شيئاً من جنس ما أخذه مقدراً ^(٥) . وقدرأ ^(٦) وصفة ^(٧) أو قيمته ^(٨) ومما يحصل التساؤل فيه هنا لمن حق الاختيار هذا في الرد الجنسي ، أو طلب القيمة فقط ؟ تضاربت الآراء . وربما كان أصحها أن ليس الخيار للمنتفع فيما اذا لم تقدر قيمة الاشياء بمحض الجرد . اذ يجب عليه أن يرد شيئاً من جنس ونوع ما أخذ . أما اذا قدرت القيمة فعليه دفعها باعتبار ان ذلك هو ما كان يقصده طرفاً الانتفاع ، مالك الرقبة والمنتفع ^(٩)

(٣) الرد فيما اذا ظلم الشيء يتلف بالاستعمال : اذا كان الشيء يتلف بالاستعمال ^(١٠) مثل منقولات البيت من فرش وغير ذلك فإنه يردده كما هو بالحالة التي هو عليه كما رأينا (المادة ٥٨٩ فرنسي وحكمها عام) فاذا استعمال عليه تقديمه بالذات وجب دفع قيمته بالرجوع الى قيمته وقت الانتفاع مع ملاحظة ما أصابه من التلف بسبب الاستعمال . وتبرأ ذمته اذا ضاع الشيء بقوة قاهرة أو حادث جبري دون أن ينسب له اهمال ما فيه

(١) د ، ٨٧ ، ٢ ، ٣٢١ — س ، ٨٧ ، ١ ، ٤٦٥ ومقال Chavegrin

(٢) الالتزامات من ٣٠٢ — ٢٠٩ ن ٢١٤ — ٢٢٠

(٣) Consomptible (٤) Quasi-usufruitier (٥) Quantité (٦) Valeur (٧) Qualité (٨) Estimation (٩) كتابتان من ٨٢٨ Se détériorer (١٠)

١٠ - فيما يجريه المنتفع من التحسينات

٢٥٦ - اذا قام المنتفع بتحسينات للشيء محل الانتفاع بمصاريف من ماله وترتبت عليها زيادة في قيمة الشيء فهل له حق الرجوع بقيمة هذه الزيادة على مالك العين ؟ اذا نظرنا الى ذلك من وجهة العدالة أولا ووجهة القانون ثانياً في أنه لا يجوز الاثراء على حساب الغير بلا سبب لرأينا أن له الحق في الرجوع . ولكن القانون الفرنسي قرر بالمادة ٥٩٩ فقره ٢ ما يأتي : « وليس للمنتفع في نهاية الانتفاع الحق بالمطالبة بأى تعويض ما (١) في مقابل التحسينات (٢) التي يدعى حصولها من جانبه حتى ولو ترتبت عنها زيادة في قيمة الشيء » . ولأى سبب قرر الشارع الفرنسي هذه القاعدة مع أنها متعارضة مع العدالة والمبادئ وأنه يترتب عليها أن لا يعمل المنتفع على ما فيه تحسين حال الشيء بما يمكن أن يجريه من الاصلاحات المفيدة والتي تزيد في قيمته ؟ السبب في ذلك ما قرره قانونيو الفرنسيين قبل وضع قانونهم سنة ١٨٠٤ . اذ قال بوتييه بأن هناك صعوبة في تقدير هذه الزيادة الحاصلة في القيمة . وهو سبب غير وجيه لأن صعوبة التقدير لا تؤثر على الحق لا في جوهره ولا في أثره . وربما كان السبب ائوجيه في تقرير هذه القاعدة الشاذة أنه لا يجوز أن يترك مجال التحسين فسيحاً أمام المنتفع فيعمل على تحسين الشيء محل الانتفاع بما يترتب عليه زيادة في نفعه من زيادة ايراده وريعه ، وربما لا يكون لمالك العين حاجة في ذلك فيترتب على هذه المصاريف ضرورة مطالبة هذا الاخير بما لا يحتمله ماله . وليس المنتفع بمكره على التحسين اذ يستطيع الانتفاع بالشيء كما هو بحالته التي كان عليه وقت البدء في الانتفاع . وربما كان ذلك هو السبب في تلك التفرقة التي قلنا بها بين نوعي التحسينات العادية والتحسينات غير العادية وهي هذه الاخيرة التي يحمل بها

مالك العين . فإذا أجزاها المنتفع بآد على المالك بما زاد في قيمة الشيء بسببها^(١) على أننا نرى نحن أن التعليل القانوني الصحيح للمادة ٥٩٩ فقرة ٢ مدني فرنسي من عدم التجويز للمنتفع بالرجوع على مالك العين بمقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب التحسينات التي أجزاها، هو غير ما قرره «بوتيه» والقضاء الفرنسي و«كولين» مع زميله «كابتان» . وما نقول به تعليل قانوني مصدره القانون ، لا ذلك التعليل الذي قالوا به وهو لا يرجع للقانون إنما يرجع لوقائع الحال . نقول ان العلة في ذلك أنه لا يصح الاخذ هنا بنظرية الاثراء على حساب الغير بلامقابل^(٢) ولا ما يتفرع عنها من دعوى المطالبة بمقابل المنفعة^(٣) لانه اذا سبق الاثراء صمل قانوني باعتباره سبباً له فلا محل للمطالبة بتعويض ما . كما اذا حسن المستأجر الارض فلا يجوز له مطالبة المؤجر بقيمة زيادة قدر العقار لان السبب في الزيادة هو عقد الايجار أى صمل قانوني سابق عليه . ولما كان عقد الانتفاع هو العمل القانوني الذي سبق التحسين فلا محل حينئذ للمنتفع بالمطالبة بمقابل ما زاد في قيمة الشيء عند رده لصاحبه في نهاية الانتفاع . وهذا هو نفس ما قلناه بنظرية الالتزامات العامة تماماً^(٤) . ومن غريب أمر «كابتان» أن يستشهد في هذا المقام بالمادة ٥٩٩ مدني المذكورة وهي الخاصة بما نحن بصدده ، يستشهد بها في نظرية دعوى المطالبة بمقابل المنفعة (بالجزء الثاني ص ٤٢٠ من كتابه) ثم يفوته أن يراعى هنا ذلك في هذا الموطن ، موطن نظرية حق الانتفاع ، لما سبق أن قاله هنا في موطن آخر

هذا وقد أبحاث المادة ٥٩٩ فقرة ٣ للمنتفع أن يأخذ ما أحدثه من الزيادات بالحمل على شرط رد الحمل الى ما كان عليه كالمرايا والصور وغير ذلك ولا يفوتنا القول هنا بأنه اذا حصلت تحسينات من جهة وتلف للشيء من

(١) د ٩١١ ، ١ ، ٤٥٧ — س ٩١٣ ، ١ ، ٩٢ — كولين وكابتان ج ١ ص ٨٢٨

(٢) Enrichissement sans cause (٣) Action de in rem verso

(٤) راجع كتابنا في الالتزامات ص ٦٥٦ و ٧٠٧ وما بعدها

جهة أخرى وجب أن يتقاص التلف مع التحسينات
وأما بالنسبة للمفروشات والمباني التي يحجرها المنتفع بالعقار محل الانتفاع فلا
يصح اجراؤها الا برضاء المالك . وفي ذلك تقول المادة ٢٦ / ٤٥ مدني وليس لها
مقابل في القانون الفرنسي ما يأتي : « لا يجوز للمنتفع أن يبني بناء ^(١) أو
يغرس غراساً ^(٢) بدون رضاء المالك وعليه أن يثبت ذلك الرضاء بالكتابة أو
باقرار المالك أو بامتناعه عن اليمين » ويثبت الرضاء حينئذ اما بالكتابة أو الاقرار
أو النكول عن اليمين عند توجيهه من المنتفع الى المالك . فاذا حصل الرضاء
باحدى هذه الصور الثلاثة وجب على المالك دفع قيمة مازاد في قيمة العقار . وأما
اذا لم يحصل وجب الرجوع حينئذ الى القواعد المقررة في الالتصاق باعتبار أنه بني
بسوء نية بخلاف ما اذا تصرح له فيعتبر بانياً بحسن نية . وسرى ذلك تفصيلا
عند ما نتكلم على الالتصاق ^(٣)

١١ - في انقضاء حق الانتفاع

٢٥٧ - ينقضى حق الانتفاع بما يأتي : (١) حلول الاجل المضروب
لانقضائه - (٢) ضياع الشيء أو تلفه بجعله غير صالح في أداء الفائدة المرجوة
منه - (٣) التصسف في الاستغلال (وقد وردت هذه الاحوال الثلاثة بالمادة
٤٦ / ٢٨ مدني اذ نصت على ما يأتي : « ينتهى حق الانتفاع بانقضاء الزمن المعين
له أو بترك المنتفع حقه فيه أو بانعدام المال المقرر عليه حق الانتفاع أو باستعماله
استعمالاً غير جائز ») وقد سبق لنا أن رأينا أن انقضاء الانتفاع جزاء تأديبي
للمنتفع . وهذا الجزاء نافذ عليه وحده لا يتعدى أثره أى أحد غيره ممن يكون
قد اكتسب حقاً على محل الانتفاع . فاذا كان لدائن حق رهن رسمي منصب على
حق الانتفاع (باعتبار حق الانتفاع حقاً عينياً قابلاً للرهن الرسمي كما قررنا)

(١) Constructions (٢) Plantations (٣) Accession

(٤) كتابان ص ٨٢٩ - دي هلس ج ٤ ص ٣٦٧ ٥٤ وج ١ ص ٦٤٣ وما بعدها

وتسجل الرهن فلا ينفذ حكم ابطال الانتفاع على الدائن . وهذه قاعدة عامة ذكرناها عند ما تكلمنا على التكييف القانوني لحوال حق الانتفاع بسبب الارهاق في الاستغلال . اذ قلنا انه لا يعتبر فسخاً للعقد ^(١) بل هو مؤاخذة مدنية ^(٢) . على أن القانون المختلط قد احتاط أكثر فذكر بالمادة ٤٦ مدني منه جملة جاءت زيادة عن المادة ٢٧ مدني أهلي وهي أن انقضاء الانتفاع بسبب الارهاق في الاستغلال لا يمس حقوق الدائنين المرتبطين رهنًا رسميًا . وما كان الشارع المختلط في حاجة الى هذا النص . ولكن وروده يؤيد على كل حال ما قلناه بشأن التكييف القانوني أو المسوغ القانوني لانقضاء الانتفاع بسبب سوء الاستعمال والتعسف في الاستغلال — (٤) عدم قيام المنتفع بالوفاء بما قيد به حقه (المادة ٢٨/٤٧ مدني) اذ نصت على ما يأتي : « يجوز ابطال حق الانتفاع اذا لم يتم المنتفع بالشروط المقررة عليه » — (٥) بالتقادم العادي (وتقول في ذلك المادة ٢٩/٥٠ مدني) : « ينتهي حق الانتفاع أيضاً بعدم الاستعمال ^(٣) مدة خمسة عشر سنة » ^(٤) وما دام انه تقادم فيأخذ احكامه من حيث القطع والايقاف . فاذا كان المنتفع قاصراً أو وقف التقادم أخذاً بالمواد ٨٣/١١٢ مدني و ٨٤/١١٣ مدني هذا وبمقارنة المادة ٢٩ أهلي بالمادة ٥٠ مختلط الموضوعه سنة ١٨٧٥ نرى أن هذا النص الاخير قد أضاف زيادة عن النص الاهلي ما يأتي : « . . . ومن له حق الانتفاع في أرض خراجية ^(٥) أو أبعادية يسقط حقه في الانتفاع اذا ترك الارض بدون زراعة مدة خمس سنوات؛ وتشهر في المازاد بالتطبيق للوائح » . وهذه الزيادة لم ترد بالنص الاهلي الموضوع سنة ١٨٨٣ مع أن المادة ٦ منه لم تتمدد الا سنة ١٨٩٦ بشأن توحيد الاراضي المصرية في جعلها كلها مملوكة ملكاً حراً للاهالي . ولم يشمل هذا التعديل المادة ٢١ مختلط المقابلة لها مع أن القضاء أخذ بالتعديل

(١) Résolution (٢) Pénalité civile (٣) Non usage

(٤) وبمضي المدة يزول حق الانتفاع وتصبح الملكية لدى صاحب الرقبة كاملة غير منتقصة . وليس من اللازم هنا أن تأخذ بنظرية التقادم في أن الحق لا يزول بالتقادم الا اذا ترتب للنهر حق اذ لا يسرى ذلك الا على الملكية فقط (٥) Terres tributaires

عملا . على أن هذه الزيادة انما كانت ترجع الى ما كان معروفا في اللوائح الخاصة بالاراضى قبل سن القانون المختلط وعلى الاخص اللائحة السعيدية الصادرة في ٥ أغسطس سنة ١٨٥٨ . ويظهر لنا أن الشارع الاهلى لم يشأ الاخذ بها سنة ١٨٨٣ لانه قد لاحظ كما لاحظنا ذلك في مكانه أن الاراضى الخراجية قد قلت مساحاتها وانه قد آن ابطال هذا النوع من التملك ، ذلك الابطال الذى لم يحصل بعد الا في سنة ١٨٩٦ - (٦) موت المنتفع (المادة ٣٣/١٦ مدنى) . والاصل أن الانتفاع مؤقت لا مؤبد . وهو مؤقت فيما بين الافراد . ومؤبد بين الافراد والحكومة ، اذ تقول المادة ٣١/١٥ مدنى ولا مثيل لها بالقانون الفرنسى ما يأتى : « يصح أن يكون مؤقتا ومؤبداً انما يكون بين آحاد الناس الا مؤقتا » وغرض الشارع من الانتفاع المؤبد هو ذلك الانتفاع الذى كان مقررأ للافراد على الاراضى الخراجية مملوكة الرقبة للحكومة . وهو ما نصت عليه المادة ٥٣ مدنى مختلط (ولا مثيل لها بالقانون الاهلى) اذ قالت ما يأتى : « يجوز أن يكون حق الانتفاع بالاراضى الخراجية مؤبداً متى قرره الحكومة بمقتضى اللوائح » . وقرر هذا القانون المختلط ايضاً بالمادة ٣٦ (ولا مثيل لها بالقانون الأهلى) « وفى هذه الحالة يسوغ اسقاط الانتفاع ^(١) أو بعضه ورهنه ^(٢) من المنتفع لغيره » . وهذه القاعدة تسرى حتماً على القانون الاهلى كما تسرى المادة ٣٥ قبلها . وان كانت هذه المادة ٣٦ انما تتصل بالمادة ٣٥ وأنه يفهم من اتصالهما معاً بأن رهن حق الانتفاع لا يجوز الا اذا كان مؤبداً بين الحكومة والافراد ، الا أن هذا التفسير لم يرج أمام القضاء ، اذ تقرر كما رأينا جواز رهن حق الانتفاع المؤقت أخذاً بالقانون الفرنسى بالمادة ٢١٨ ^(٣) أما وقد أصبحت الاراضى كلها مملوكة للافراد فلا محل للقول بالانتفاع المؤبد ، الا ما استثنى بالمادة ٣٤/١٧ فيما يتعلق بالايضاء بالمنفعة لحل خيرى تابع لوزارة الاوقاف ، أو لشخص ولورثته من بعده . أما القانون الفرنسى فانه اشار بالمادة ٦١٩ بما يستفاد منها الانتفاع لشخص معنوى لا تزيد

مدته عن ٣٠ سنة ، وهي مدة التقادم بهذا القانون وهي مادة خاصة بالقانون الفرنسى لا يمكن الاخذ بها عندنا أمام اباحة الانتفاع الدائم بالطريقة المبينة بالمادة ٣٤/١٧ مدنى والمادة ٣٧/١٨ مدنى ايضاً . (٧) ترك الانتفاع فيما اذا تخلى المنتفع عن الشيء وذهب لحال سبيله . وهو ليس حراً في الترك اذا أبى عليه ذلك دائنوه فخالوا دونه بما هو مقرر لهم من الدعاوى ضده . على انه لو حصل الترك فليس له أثر ما على الحقوق المكتسبة للغير على الشيء محل الانتفاع . (٨) تلاقى حق الانتفاع والرقة في شخص واحد ^(١) كما اذا كان المنتفع وارثاً للمالك الرقة

٤ - في حق الاستعمال والسكنى

٢٥٨ - حق الاستعمال ^(٢) وحق السكنى ^(٣) كلاهما نوع مصغر لحق الانتفاع . ولم يخرج حق السكنى ايضاً عن كونه هو الآخر شكلاً من اشكال حق الاستعمال . هذا ولا بد من ملاحظة أن حق الاستعمال اما أن يكون شكلاً من اشكال الانتفاع (أى حقاً ارتفاقياً شخصياً اذا أخذنا بالوصف القديم له) واما أن يكون حقاً ارتفاقياً عينياً . فيكون كحق الارتفاق الشخصى اذا تقرر في مصلحة شخص معين كان يوصى الموصى لزيد بحق استعمال داره الكائنة بجهة كذا . ويكون ارتفاقياً عينياً اذا كان الغرض من تقريره مصلحة عقار معين ومنفعته . وفي هذه الحالة يكون الاستعمال محدداً ومعيناً . كأن يوصى الموصى بأن الارض الموجودة بناحية كذا تأخذ سباخها من الارض المجاورة لها والمملوكة له ايضاً

وورد بالقانون المصرى مادة واحدة لهذين الحقين وهي المادة ٣٠/١٤ مدنى ، وعمرشد الحيران المواد ٢٤ - ٢٧ . وورد بالقانون الفرنسى المواد ٦٢٥ - ٦٣٥ وانصرفت الى حق السكنى . وأما حق الاستعمال فانه ينحصر لاحكام الارتفاق اذا نظر اليه باعتباره ارتفاقاً عينياً

فى مرمى الحقين وفى قوتيهما . ضيق الرومان من قوة حق الاستعمال بما هو معلوم عنهم . ولقد رأينا أن الملكية ثلاثة أركان حق الاستعمال ^(١) وحق الاستغلال ^(٢) وحق التصرف ^(٣) . وكان حق الاستعمال ^(٤) شرطاً من الملكية يشمل ذلك الحق الآخر ^(٥) أى حق استخدام الشيء دون جنى أى ثمرة منه . فاذا تقرر على أرض أباح حق التنزه فيها وحق الصيد لاحق الزرع بها . وإذا تقرر على مواش أباح استخدامهما فى تسبيخ الأرض لافى تملك نتائجها وألبانها وأصوافها وإذا تقرر على عبد انصرف الى تشغيله للمنتفع دون تأجير له

هذا التضييق فى معنى الاستعمال هو ما يفهم الآن عن حق السكنى تقريباً اذ لا يخرج حق السكنى عن الإباحة لصاحبه بغير الإقامة فى الدار مع أسرته . فان تقرر له الحق بالوقف فله أن يسكن الدار مدة حياته بأهله وحشمه وخدمه وله أن يسكنها غيره بغير عوض ولو أجنبياً (المادة ٢٤ من مرشد الحيران) وهو ممنوع من اسكان الاجنبى بموضع لان فيه بدل وقد ملك المنفعة هو بلا بدل ^(٦) وان كان الحق مقررأ بالوصية فله حق السكنى فقط دون اسكان الغير (المادة ٢٥ من مرشد الحيران) ^(٧) ويقول القانون الفرنسى بعدم التجوز مطلقاً بالتنازل عن هذين الحقين أو التأجير ما دام ان كل حق شخصى محض (المواد ٦٣١ و ٦٣٣) ^(٨) ويقضى القانون الفرنسى أيضاً بأن لا يزيد حق السكنى عن القدر اللازم للأسرة (المادة ٦٣٢ فرنسى)

أما حق الاستعمال فهو أوسع نطاقاً . وقرر الرومان بأن لصاحب هذا الحق أن يستثمر الشيء محل الاستعمال لقضاء حاجاته هو وذلك باعتبار أن غرض الموصى كان ينصرف الى ذلك فى وصيته . أما حق الاستعمال فى الوقت الحاضر فله ميزتان أولاً . أنه لا يبيح لصاحبه حق استخدام الشيء ^(٩) بلا قيد بل هو مقيد بمحد

Jus abutendi (٣)	Jus fruendi (٢)	Jus utendi (١)
٢٣ شرح مرشد الحيران	Dr. d'usage (٥) المسى Jus utendi (٦)	
٨٢٢ كاتلا من	٢٢ — ١٩ شرح مرشد الحيران من	Jus utendi (٩)

حاجاته فقط^(١). ثانياً. قد يبيع لصاحبه^(٢) حق الاستثمار^(٣) بالقدر اللازم له (المادة ٦٣٠ فرنسى). أى أن حق الاستعمال حق استثمار مقيد. فإذا ورد القيد بعقد تقريره أخذه. والارجع فيه الى حد الضرورة لصاحبه^(٤). وفى ذلك تقول المادة ٣٠/١٤ مدنى ما يأتى: « ويجوز أن يكون الحق المذكور (أى حق الانتفاع) أقل مما ذكر على حسب شرط الاتفاق أو شرط التبرع الذى ترتب عليه وجود ذلك كأن يكون قاصراً على مجرد حق الاستعمال الشخصى^(٥) أو حق السكنى »

في خواص هذين الحقين: الاصل انهما خاضعان لقواعد الانتفاع في التقرير والانقضاء لانهما نوع منه^(٦) ماعدا ما يتعلق بالانتفاع القانونى (بفرنسا) الذى يقرره القانون بالذات حيث لا يوجد حق السكنى وحق الاستعمال بحكم القانون. ويجب على صاحبي حق الاستعمال والسكنى أن يسيرا فى حقهما سير رب الاسرة المعنى بشؤونه^(٧) (المادة ٦٢٧ فرنسى) ويقضى القانون الفرنسى بالزامهما بكفالة وتحرير محضر جرد (المادة ٦٢٦) وتكليفهما بالمصاريف اللازمة لحفظ الشيء وتكاليفه (المادة ٦٣٥)

أما خواص هذين الحقين فهى :

(١) هل لصاحب حق الاستعمال أن يطلب وضع يده على العقار كما يجوز ذلك للمنتفع ؟ أو لا يجوز له فقط سوى حق مطالبة المالك بدفع نصيبه فى الثمرة فى أوقات جنبها وتحصيلها ؟ اختلفت الآراء بالرجوع لعبارة المادة ٦٣٠ فرنسى . والأصح أن يقال بأن له حق وضع يده مادام أن حق الاستعمال لم يخرج فى حقيقته عن كونه صورة من الانتفاع . أما حق السكنى فهو لا يتحقق كما قررنا الا بأن

(١) د، ٩٨، ٢، ٤٢٨ — دى هلس ج ٤ ص ٣٨٢ ن ١٠٢

(٢) Usager (٣) Jus fruendi (٤) كابتان ص ٨٣٠

(٥) Droit d'usage personnel (٦) كابتان ص ٨٣٠

(٧) En bon père de famille

يسكن صاحب الحق بنفسه مع أسرته ، أو أن يسكن غيره ان كان وقتاً وعلى شرط أن لا يكون بأجر كما رأينا

(٢) هل يقدر نصيب صاحب حق الاستعمال اذا كان الحق مقررًا بقدر حاجاته فقط ، بالرجوع الى قيمة الثمرة قبل خصم مصاريفها ^(١) أو يجب التقدير بعد خصم المصاريف ^(٢) . قيل بالرأين واتفقت الآراء أخيراً على الاول دون الثانى لانه يتفق مع ما هو مقرر فى أن صاحب حق الاستعمال ملزم هو الآخر بنصيبه فى مصاريف الانتفاع ^(٣) (المادة ٦٣٥ فرنسى) ^(٤)

ويستقط حق الاستعمال وحق السكنى باعتبارها حق انتفاع بمضى الزمن العادى المقرر لسقوط المدة وهى ١٥ سنة

٥) فى الحقوق المشابهة لحق الانتفاع

١ - فى الوقف

١ - فى أصل الوقف وكيانه ومرامه

وفى تفسير المواد ١٧ / ١٨٣٤ / ٣٧ و ٥٤ / ٧٧ مدنى

٢٥٩ - علمنا أن الشارع المصرى قرر نظرية الانتفاع ورتب لها أحكامها بالقانون المدنى . وهذه النظرية مقررة بالشريعة الاسلامية كما رأينا ولم يفض فيها فقهاء الشريعة كما أفاضوا فى غيرها مما يتشابه معها . وأهم الحقوق التى تتشابه مع حق الانتفاع هو الوقف ونعلم مبلغ ما أفاضوا فيه من مختلف الأحكام وغزارة القواعد . وربما أفاضوا فيه هذه الافاضة لانه هو الغالب بخلاف الانتفاع فانه نادر . على أن التشابه بين الانتفاع والوقف عظيم ، ذلك التشابه الذى كان من

(١) Produit brut (٢) Produit net (٣) Dépenses usufruituaires

(٤) د ، ٩٠١ ، ١٤ ، ٢٦٨ — س ، ١ ، ٣٢٧ ومقال Ferron — كبتان ص ٨٣١

شأنه أن يجعل الشارع المصرى يقول به نفسه في معرض القول عن الوقف فيما يتماس فيه مع حق الانتفاع وكما ذكر ذلك بالمواد ٢٣/٧ و ١٧/٣٤ و ١٨/٣٥ مدنى اذ عبر عن الوقف بكلمة الانتفاع مع أن هذا التعبير ربما كان غير صحيح من بعض الوجوه ^(١) من حيث أن حق المستحق ^(٢) حق شخصى لا عينى في الوقف ، وعينى لا شخصى في الانتفاع ، الامر الذى يترتب عليه عدم جواز رهن الوقف ^(٣) وجواز الرهن في الانتفاع سواء كان الرهن رهناً عقارياً حيازياً أو رهناً رسمياً ^(٤) وهو هذا الاخير الذى لم يعرفه فقهاء الاسلام . ومن حيث أيضاً في أن للمنتفع حق الاستعانة بدعاوى وضع اليد في حماية حقه من عبث الغائبين وتعرض المتعرضين . بخلاف الوقف فانه في نظر القضاء المصرى شخص معنوى يمثل ناطره تمثيلاً شريعياً صحيحاً تجب مخصصته في كل ما يتعلق بالنظره فقط . وأما ما يتعلق بجوهر الوقف من حيث انشائه وما يعترض وجوده من حيث منازعة الغير له منازعة عينية منصبة على الاعيان الموقوفة بالذات فلا تجوز مخصصه الناظر بل يجب مخصصه المستحقين أنفسهم ^(٥) . وقرر هذا الحكم الهام المبدأ الآتى : « لا يملك ناظر الوقف الادارة الوقف فقط ولا يصح رفع دعوى عليه فيما يس بالوقف نفسه مثل الطعن بصدور الوقفية في مرض موت الواقف بل يجب اختصام المستحقين لان الناظر غير قائم مقامهم وليس وكيلاً عنهم ولا يحمل محلهم في المنازعات الخارجة عن نظارته - والمادة ٤٧٤ من كتاب العدل والانصاف فصل أول وغيره لا تخالف مطلقاً هذه المبادئ بل توجب رفع الدعاوى الصادرة من الوقف أو الموجهة اليه على القيم أو منه سواء تعلقت الدعوى بعين الوقف أو بفلته . وقد جاء بعد ذلك في المواد التالية لهذه المادة ما يدل على أن القيم

(١) دى مجلس ج ٤ ص ٢٨٧ — ٢٨٩ ن ٧

(٢) Bénéficiaire أو Dévoluaire أو Coparticipant

(٣) Gage immobilier (٤) Hypothèque

(٥) إستئناف ٢٣ فبراير سنة ٩٠٨ ح ٢٢ ص ٢٢٧ — عياشى ص ٤٢٣ ن ١٩٦٧

ليس له الا ادارة الاعيان فقط . وكل حمل يكون من شأنه اضرار المستحقين لا يسرى عليهم » ولكن ربما كان الشبه صحيحاً من بعض الوجوه الاخرى من حيث أن الحق في الاثنتين منصب على الثمرة لا على الرقبة ، باعتبار أن الرقبة في الانتفاع مملوكة لشخص معين ، وأما في الوقف فليست مملوكة لاحد . ومن حيث جواز الاخذ بمقتد الاجارتين والغاروقة النوه عنهما بالمادة ١٨ / ٣٧ مدني بالفقرة الاخيرة في حالة معينة من حالات الوقف المنوه عنه بالقانون العثماني الصادر في ٧ صفر سنة ١٢٨٤ (١٠ يونيو سنة ١٨٦٧) وهو خلاف القانون الصادر في التاريخ نفسه يوماً وشهراً وسنة واخص بتعميلك الاجانب بالامبراطورية العثمانية وما اتصل بها من الملحقات ، الحقوق العينية المقاربة . اذ أجاز هذا القانون العثماني ، كما أجازته أيضاً المادة ١٨ / ٣٧ مدني بالفقرة الاخيرة ، عقد الاجارتين ، وأجازت المادة الاخيرة عقد الغاروقة . وفي هذا التجويز لهذين العقدين ، الاجارتين والغاروقة ، شبه ظاهر بين الوقف في أنه حق شخصي كما قلنا ، وبين الانتفاع ، مع أنه حق عيني كما قررنا . وربما كان وجه الشبه أحكم بين الانتفاع والوقف فيما اذا نازع الفير ناظر الوقف في حق عيني يتعلق بمين الوقف ، اذ لا تصح مخاصمة الناظر هنا كما رأينا بل يجب مخاصمة المستحقين بالذات . أليس لان حق المستحقين ولو أنه منصب على حق الاستثمار^(١) بالواسطة (أي بواسطة الناظر) الا أنه حق متصل بالعين يزول بزوالها ويهدد بما يحفظها من المخاوف والمخاطر ، فسكاً نه انصب على العين بالذات لا على الثمرة فقط ؟

وليس الوقف هو وحده ما يتشابه مع الانتفاع ، بل هناك الحكر والاجارتين والغاروقة والخلو ، ما يتشابه أيضاً معه . ولذا لا نرى بداً من أن نأثي هنا بلهجة وجيزة عن كل حق ، ما عدا الغاروقة فلها قول خاص بها بكمكانها . وبعد أن ننتهي من بيان ذلك كله نشرح ما غمض من المادتين ١٧ و ١٨ / ٥٤ مدني على ضوء ما سنوضحه حالا

أما الوقف والحكر والخلو والاجارتين فهي من أوضاع الشريعة الإسلامية وما قرره فيها فقهاؤها . ولم يرتب الشارع المصرى بقوانينه المجموعة ^(١) أحكاماً خاصة بهذه الحقوق . ولذا رجع القضاء المصرى الاهلى والمختلط فى تقرير أصولها الى كتاب الوقف لقدرى باشا وهو ما قرره فقهاء الاسلام من زمن طويل . وقد فاضت المجموعات القضائية العملية بأحكام عدة صدرت فى الوقف فى جميع مسائله . وكنا نلاحظ أن هذا القضاء كان يتردد أحياناً فى تقدير الاصول المدنية المقررة بعلم القانون فى الوقت الحاضر والتي يكون لها بعض المساس بالاصول القديمة التى قررها فقهاء الاسلام فى أزمان لم يكن التطور الاقتصادى والعمرانى الحاضر معروفاً لديهم . اذ رأينا تردداً فى القضاء من حيث تعيين حارس قضائى على الوقف اذا ساءت ادارة الناظر وحتى يفصل فى أمر عزله أمام القضاء الشرعى ، وتردداً فى تقرير أحكام التقادم المقررة بالقانون المدنى الحاضر على أعيان الوقف . وبينما هذا التردد قائم فى مذاهب القضاء فان طائفة عظيمة من أحكامه قد أجمعت القول على ضرورة الاخذ بالمبادئ القانونية الحاضرة فيما لم يرد له حكم بكتب الفقه كسقوط حق المستحق بمطالبة ناظر الوقف وسقوط حق الناصر بمطالبة المدين للوقف ، اذ قررت مدة التقادم فيها المدة العادية المعروفة الآن ، وهكذا الى غير ذلك من المسائل المختلفة

وانا نود لو أن القضاء يعمل فى قضائيه بروح الضرورات المصرية الحاضرة وفيما أثبتته الزمن والعمل . على ان نظام الوقف ربما لا يتفق كثيراً فى مسائل عديدة منه مع هذا النظام المصرى الذى امتاز عن الازمنة السابقة بتحرير العقارات من قيود ثقف بها سنين عديدة لا تشمل فيها غير محاول التخريب والتدمير ، بينما العقارات المطلقة المحررة انما ينطلق بها اصحابها فى ميادين الاستغلال والتصرف على اختلاف انواعه . وبديهي ان الحركة الاقتصادية العامة لا تنمو الا فى جو حر أو حر مع قيود مقبولة ومشروعة لحفظ كيانه . أما وقد طوقت اعناق العقارات

بإغلال من حديد فانها تعيق سير الحركة الاقتصادية العامة، بما ينشأ عنه اضطراب في المعاملات . وربما كان في ذلك خطر يهدد المجموع اذا تقافت حاله .

هذا وقد لاحظنا من طريق العمل أن جمهور المستحقين يتواكلون على ما يصيبونه من غلة الوقف فلا يكدون ولا يعملون في ميادين الحياة ومجالات العمل، وهم على تلك الحال شبه حالة على المجموع ولا يفكرون الا فيما يشتهونه وينعمون به. وقد لوحظ من تكرار المشاهدة ودوام الاستقراء انهم في نزاع مستمر مع الناظر أمام القضاء ، ويد الناظر يد في الغالب عارضة ليس لها من مصلحة في العين الا بقدر ما ترجوه من أجر النظارة . وكأن المستحقين وهم على تلك الحال وقد ألحقوا بجماعة القصر ومفقودي الاهلية لا يعيشون الا ليأكلوا . ويد القوام الاوصياء ليست بيد المالك الشفوق بما يكره كما يرى ولده ، بل هي يد استغلال لانفسه بل لغيره . ومن الندر القليل أن لا يصاب فريق المستحقين مع طول الزمن وعدم العمل بما تجمد معه القرائح والملكات البشرية فينزلون عما أعدوا له باعتبارهم من نوع الانسان . وهذه حال ان ساءت من الوجهة الاقتصادية المادية فهي قد ساءت كثيراً وتسوء أكثر من الوجهة النفسانية والاخلاقية

لذا نرحب بما انتحاه القضاء المصري في مسائل الوقف (وفي غيره من الموارث والهبة والمهر المنوه عن ذلك كله بالمادة ٧٧/٥٤ مدني) من تقرير اختصاصه في اكثر احواله وأحكامه ، اذ أخذ يعمل على التضييق من نطاق المادة ١٢/١٦ من لائحة انشاء المحاكم الاهلية والمختلطة فيما يتعلق بالمنازعات الخاصة بأصل الوقف^(١) حتى جعل مجال العمل في هذا النوع أمام القضاء الفرعي ضيقاً يكاد لا يبقى فيه أثر يذكر . وكلما بسط القضاء مبادئه القانونية على الوقف كلما تحرر هذا على ما نظن من بعض المسائل الدقيقة التي لم تراعى فيها الاعتبارات والضرورات العصرية . وربما تدخل الشارع نفسه فيما خيف منه على مصلحة المجاميع

وهانحن أولاء نذكر لكل حق طرفاً ثانياً فيه على موجز القول مع شيء من بيان كيانه وانشائه. ومع بيان أثر القانون المدني فيه

ب - الوقف من حيث القضاء الاهلي والمختلط

٢٦٠ - لا يزيد هنا أن نشرح الوقف كما هو وارد بكتب الشرع انما يزيد الوقوف على مبلغ ما قرره القضاء المصري فيما يتعلق بالوقف وكيف كان يقرر بعض المسائل الشرعية وكيفية التوفيق بينها وبين الاصول القانونية المقررة في القوانين المجموعة ولا نأتي هنا الا بالقدر اللازم الهام^(١)

٢٦١ - أنشاء الوقف وشرائط صحته وكيفية انبائه : يحصل الوقف بأشهاد شرعي وهو حجة الوقف أمام القاضى الشرعي، ويستوى في ذلك المصري والاجنبى المقيم بمصر^(٢). وتسجل في سجلات المحكمة الشرعية الكائنة بدائرة الاطيان ولا تسجل في المحاكم المختلطة. وعلى ذلك يعتبر تسجيلها بالمحاكم الشرعية حجة على الكافة مصريين واجانب. ولا يجوز لاي موثق آخر أو أى جهة أخرى تحرير الحجة الشرعية فالجلس الى القبطى ممنوع من ذلك^(٣). وان صدرت حجة الوقف خارج مصر وجب تسجيلها بمصر بالمحاكم الشرعية^(٤) والتسجيل غير لازم بالنسبة للواقف ولازم بالنسبة للغير^(٥) ولا يعتبر التسجيل حجة على الغير الا من وقت حصوله^(٦)

(١) ومن أراد الاستفاضة فليعالمها بكتاب قدرى باشا وشرح الوقف للشيخ زيد بك وقضاء الوقف لعزير خانكي بك عربى لثاية سنة ١٩٠٨ وفرنسى سنة ١٩١٤ والمجموعة الرسمية ومجموعة جمال وحمدى السيد وعيائى والجداول المشربة الثلاثة المختلطة التى ترمز لها هنا مادة يرمز ج ١ ع ٢ و ٣

(٢) وفيما يتعلق بما اذا كان للاجنبي أن يوقف أم لا انظر مقال F Laloë بمجلة مصر المدنية المجلد الاول سنة ٩١٠ ص ٥٨٥ - ٦٢٩

(٣) مجموعة عيائى ص ٤١١ ن ١٨٥٤ (٤) المجموعة السابعة ن ١٨٥٥

(٥) ن ١٨٥٦ (٦) وعلى ذلك لا يعتبر الوقف حجة على الدائن المرتهن وهنا عقاريا غير حيازى Créancier hypothécaire اذا قيد رهنه قبل تسجيل حجة الوقف. وكذلك

ويرجع في تفسير الوقفية الى نية الواقف^(١) والزيادة التي تظهر بأرض الوقف ملك لمن وضع يده عليها أقر بذلك الناظر أم لم يقر^(٢) وإذا وضع الوقف اليد عليها ملكت له^(٣) وإذا أوقف مالك حصته في بناء على الشيوع قائم على أرض محكرة وهدم البناء وأقام الشركاء الآخرون وحدهم بناء مكانه ، زال حق الوقف بزوال مادته^(٤) والناظر ملزم بتقديم حجة الوقف لمعرفة شروطها فإذا ادعى مستحق بأن الوقف أهلي وادعى الناظر العكس أثم الناظر بالاثبات^(٥) والمساجد والأضرحة وأراضيها وقف بطبيعتها والمنشئ لها متبرع بها. فلا يتملكها أحد مهما طال وضع يده عليها^(٦) ولا يملك المتبرع بها التعامل فيها بأي نوع مأكلهبة^(٧) والأضرحة تابعة لوزارة الأوقاف وليست من المنافع العمومية^(٨)

٢٦٢ - اثبات النظارة وأهلية الناظر وولديه العاصم والخاصة : تثبت النظارة بحجة الوقف أو بإعلام شرعى حتى ولو كان اجنبياً غير مطعون فيه^(١) وإذا تراحم ناظران ناظر الوقف وناظر القاضى فضل الاول^(٢) الا اذا كان قاصراً^(٣) وللحاكم الشرعى الولاية على الوقف الخيرى، ونائبه وزارة الأوقاف^(٤) وإذا حادت الاهلية بعد زوالها حادت الحقوق جميعها لصاحبها بما فيها التنظر^(٥) وللناظر الجديد محاسبة القديم^(٦) ويستمد الناظر ولايته على الوقف ممن ولاه واقفاً كان أو قاضياً . ولمن ولى حق بسط يد الناظر أو قيدها كما يرى^(٧)

٢٦٣ - تصرف الناظر : لناظر الوقف تعيين وكيل عنه^(١) وله حق تقاضى الايجار مقدماً^(٢) والناظر وكيل عن المستحقين فتصرفه نافذ عليهم في حدود

أيضاً لا يعتبر هذا التسجيل حجة هذا الدائن المرتين في الدين المقرر له باعتباره هذه المرة دائماً
حداً : استئناف ٢٧ مايو سنة ١٩١٤ ، ٢٦ ، ٣٩٨ ، ج ٣ ص ٦٥٥ ن ٦٨٠١

(١) ن ١٨٥٧	(٢) ن ١٨٥٩	(٣) ن ١٨٦٠	(٤) ن ١٨٦١
(٥) ن ١٨٦٢	(٦) ن ١٨٦٣	(٧) ن ١٨٦٥	(٨) ن ١٨٦٤
(٩) ن ١٨٦٦	(١٠) ن ١٨٦٧	(١١) ن ١٨٦٨	(١٢) ن ١٨٦٩
(١٣) ن ١٨٧٠	(١٤) ن ١٨٧١	(١٥) ن ١٨٧٣	(١٦) ن ١٨٧٤
(١٧) ن ١٨٧٥			

توكيله . فاذا أجز الناظر أصبح المستحق ضامناً تفاعلاً الجارة ^(١) وليس الناظر ملزماً بالأثبات كتابة فيما صرفه من المصروفات الخيرية ^(٢) على شرط أن لا يزيد عن المقرر بالوقفية ^(٣) وهو مصدق في حسابه في الاصل الا اذا كان الطعن فيه وجبها ^(٤) واذا حاسب المستحق الناظر وتبين ان هذا الاخير صرف مبلغاً في ترميم أعيان الوقف لزم المستحق اثبات عدم فائدة هذا الصرف أو كثرته ^(٥) واذا كان للوقف ناظران فيصح دفع الايجار الى أحدهما ^(٦) ويجوز لاحدهما الاقتراد في الخصومة ^(٧) في التصرف في شئون الوقف ^(٨) واذا كان مع الناظر المختار ناظر منضم ومات هذا الاخير صرح اقتراد الاول بالعمل ^(٩) وللناظر دفع ديون الوقف من ايراد المستحقين ^(١٠) واذا باع الناظر القديم بغبن فاحش جاز للجديد الطعن في البيع بالبطلان (المادة ١٣٢ من قانون العدل والانصاف لقدري باشا ^(١١)) واذا كان الناظر مولى ولاية غير عامة فليس له التنازل عن النظارة الا باذن القاضي . فاذا تنازل وأجر بعد تنازله كان الايجار صحيحاً لعدم صحة تنازله ^(١٢) واذا جمع الناظر بين صفتيه ناظراً ووصياً على مستحق فلا يستقيم هذا الجمع اذا خوصم بأحدى صفتيه بل لا بد من تعيين وكيل خصومة ^(١٣) وولاية الناظر قاصرة على الإدارة وليس له حق التصرف في الوقف فلا يصح تنازله عن حق ارتفاق للوقف ^(١٤) واذا اختلس حصّة أحد المستحقين فليس لهذا الاخير الرجوع على الوقف بل الرجوع على الناظر نفسه ^(١٥) أى ان الوقف لا يتحمل خطأ الشخص ^(١٦) وليس للناظر أن يحجز تحت يده ريع الوقف دون دفع استحقاق المستحقين ادعاء منه بصرفه في عمارة الوقف الا اذا أثبت ذلك في وجه المستحقين ^(١٧)

٢٦٤ - في الشخصية المعنوية للوقف : الوقف شخص أدنى له وجود

١٨٧٨ د (٤)	١٨٩٠ د (٣)	١٨٧٧ د (٢)	١٨٧٦ د (١)
١٨٨٣ (٨)	١٨٨٤ د (٧)	١٨٨٠ د (٦)	١٨٧٩ د (٥)
١٨٨٨ د (١٢)	١٨٨٧ د (١١)	١٨٨٦ د (١٠)	١٨٨٥ د (٩)
	١٨٩٤ د (١٥)	١٨٩١ د (١٤)	١٨٨٩ د (١٣)
	١٩٢٤ د (١٧)	٦٨٩٠ د ٣٦٦٣	ج ع ص ٣ (١٦)

شرعى يبيح التعامل مع الناس مباشرة بواسطة ممثله الشرعى وهو الناظر دون دخل للمستحقين^(١) ودعاوى الوقف مدعياً كان أو مدعى عليه ترفع منه وعليه^(٢) مع ملاحظة ما قلناه بأن الدعاوى التى تخرج عن ادارة الوقف وتكون خاصة بكيانه وذاته فانه لا بد من مخاصمة المستحقين فيها^(٣)

٢٦٥ - فى أجرة الناظر : تقدر المحكمة أتعابه ويستحقها من يوم صدور الاعلام الشرعى^(٤) واذا تعين قيم على الناظر فليس له حق المطالبة بالأجر المعين لهذا الناظر بكتاب الوقف بل يقدر له أجر خاص لان الاعتبارات تختلف^(٥)

٢٦٦ - مسؤولية الناظر : الناظر وكيل . فلن تعامل معه حق مطالبته باظهار ما يفيد وكالته ويبين حدودها طبقاً للمادة ٦٣٤/٥١٨ مدنى . فاذا أهمل المتعاقد معه وجهل بذلك حدود النظارة فلا يسأل الوقف عن ذلك بل يسأل الناظر شخصياً^(٦) مع ملاحظة ماقررناه بشأن اختلاس الناظر وخطأه الشخصى فانه يسأل شخصياً ولا يسأل الوقف^(٧) واذا أهمل فى مطالبة المستأجر كان هو المسئول شخصياً^(٨) والناظر ملازم بتقديم حساب . وينتقل هذا الالتزام الى ورثته اذا مات مجهلاً^(٩) وقرر مذهب الامام أبى حنيفة ان الناظر اذا اشترى بغلة الوقف عقاراً فلا يصير وفقاً لان غلة الوقف بعد اجر ازاها بيد الناظر تصبح ملكا للمستحقين وهى فى يده أمانة لهم يضمنها اذا استهلكها . فاذا اشترى بها شيئاً فيكون ما اشتراه ملكاً له خاصة وهو على ذلك يضمن للمستحقين مثل الغلة التى اشترى بها ويصير مديناً لهم بها^(١٠) وبما ان الناظر وكيل بأجر فيسأل حينئذ عن تقصيره اليسير .

- (١) ن ١٨٨٢ (٢) ١٨٨٣ (٣) استئناف ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٨ المحقوق ٢٣ ص ٣٣٧ (٤) ن ١٨٩٥ (٥) ن ١٨٩٦ (٦) ن ١٨٩٨ (٧) ن ١٨٩٤ — ج ع ٣ ص ٦٦٢ ن ٦٨٩٠ — أنظر عكس ذلك بنـة ١٩٠٦ اذ قفى بأنه اذا دفع الناظر خطأ وبنية سليمة حصة مستحق لآخر فلمستحق المحروم من حصته أن يستوفىها من غلة العين الموقوفة وربما لا من ملك الناظر الخامس (٨) ١٨٩٩ — ١٩٠٠ (٩) ١٩٠٣ — أنظر عكس ذلك بنـة ١٩٠١ وقارن بالنـة ١٩٠٢ (١٠) ن ١٩٠٥

أما اذا كان يعمل بلا أجر فلا يسأل الا عن تقصيره الجسيم^(١)

٢٦٧ - في طبيعة حق المستحق : لدائن المستحق حق توقيع الحجز تحت

يد الناظر ، وليس لهذا الأخير حق الطعن في صحة الحجز لأنه ليس وكيلا عن المستحق في ديونه الشخصية^(٢) وقد اختلف القضاء في جواز توقيع الحجز على الاستحقاق في الوقف فتارة يحكم بجواز الحجز مع مراعاة القيود الواردة بالمادة ٤٣٤/٤٩٦٠ مرافعات الخاصة بالنفقات وأجر الخدمة وشهرياتهم^(٣) وطوراً يبيز الحجز بلا قيد^(٤) باعتبار أن الاستحقاق في الوقف دين عادي^(٥) ويرى الفقه بمصر انه يجب الرجوع الى نية الواقف فيما اذا أراد بتعيين الاستحقاق تقرير نفقة لمعاش المستحق ، اذ يأخذ الاستحقاق في هذه الحالة حكم النفقة^(٦) واذا شرط الواقف عدم جواز الحجز على ريع الوقف فلا تأثير لهذا الشرط على دائني المستحق^(٧) هذا مع ملاحظة عدم الخلط بين ريع الوقف وبين المبالغ الموهوبة أو الموصى بها على سبيل النفقة أو بشرط عدم الحجز عليها وهي المنوه عنها بالمادة ٤٣٦/٤٩٨ مرافعات ، وان الخطر بالحجز لا يتعلق الا بالدائنين السابقين على الهبة والوصية كما تنص بذلك المادة ٤٣٨/٥٠٠ مرافعات^(٨) ويجوز للدائن الشخصي للناظر أن يحجز محصولات الوقف للحصول على دينه اذا انحصر الوقف فيه نظراً واستحقاقاً ولم يكن الوقف محتاجاً للمارة^(٩) واذا تقاضى المستحق حصته كلاً أو بعضاً من المستأجر مباشرة لان الناظر مدين له باستحقاقه جاز ذلك الا اذا ادعى الناظر ان في ذلك ضرراً بالوقف وأقام الحجة^(١٠) ولا يستحق المستحق استحقاقه في الايجار المقسط الا عند حلول القسط . فاذا مات قبل الحلول فليس لورثته حق المطالبة

(١) ن ١٩٠٧ (٢) ن ١٩٠٨ (٣) ١٩٠٩ - ١٩٢١ (٤) ن ١٩١٠

(٥) ن ١٩١٢ (٦) التنفيذ للدكتور عبد الفتاح السيد بك س ٨٧ ن ١٣٠

(٧) ن ١٩١٣ (٨) راجع في ذلك تنفيذ الدكتور أبو هيف بك الطبعة الثانية

س ١٨٣ وما بعدها ن ٢٩٢ وما بعدها — التنفيذ للدكتور عبد الفتاح السيد بك س ١٢٥

١٢٦ وما بعدها ن ١٨٣ و ١٨٤ وما بعدها (٩) ن ١٩١٥ (١٠) ١٩١٦

بمقابل المدة السابقة على الوفاة^(١) ولا يملك المستحق الاستحقاق في الغلة الا بتحصيلها بمعرفة الناظر . ولذا ليس له حق المطالبة بمرتب شهري أى الدفع مجزئاً قبل التحصيل . واذا حصل ذلك فلا يكسب له حقاً مقررأ^(٢) الا اذا قام النزاع بين الناظر والمستحق على الحساب فيجوز تقدير نفقة شهرية بحكم نافذ في الحال أخذاً بالمواد ١٥٧/٢١٩ مدنى و ٣٩٢/٤٥٠ مرافعات^(٣) والمستحق مطالبة الناظر بالحساب حتى ولو منع من ذلك بكتاب الوقف^(٤) والمستحق يتلقى حقه من الواقف مباشرة لامن مورثه وعلى ذلك لا يضمن باستحقاقه ديون مورثه^(٥)

٢٦٨ - في سقوط حق السعى بمضى المرة : انقسم القضاء المصرى بشأن تعيين المدة في سقوط الاستحقاق في الوقف بالتقادم . فالبعض يقول بسقوطه بمضى خمس سنوات بالمادة ٢١١/٢٧٥ مدنى لانه من الديون المستحقة الدفع سنوياً . والبعض الآخر قال بسقوطه بمدة ١٥ سنة أخذاً بالمادة ٢٠٨/٢٩٢ مدنى^(٦) وأخذنا بالمذهب الاول لانه هو الاصح في نظرنا ورجعنا في تعليقه الى ماقرره القضاء الفرنسى ، برغم نقد بعض أهل الفقه له ، في تفسير المادة ٢٢٢٧ مدنى فرنسى المقابلة للمادة المصرية ٢١١/٢٧٥ في أنه لا بد في الديون التى تسقط بمضى خمس سنوات أن يتوافر فيها شرط تعيين مقدار الدين من قبل تمييزاً ظاهراً . وقضى القضاء الفرنسى بناء على ذلك عدم الأخذ بالتقادم الخمسى فى المبلغ الذى يلتزم به صاحب المنجم لصاحب الارض بنسبة ماينتجه المنجم . وكذلك فى القسط الذى يدفعه الشريك لشركة التأمينات المتبادلة^(٧) ذلك لان الدين لم يكن مقدراً ومعيناً من قبل . وشرعية التقادم الخمسى هذا عدم ائقال كاهل المدين بمبالغ

(١) ن ١٩١٧ (٢) ن ١٩١٨ (٣) ن ١٩١٩

(٤) ن ١٩٢٠ — قارن مع ذلك ن ١٩٢١ (٥) ن ١٩٢٢

(٦) وقد شرحنا هذه النظرية بكتاب الالتزامات ص ٥٠٦ — ٥١٧ ن ٥١٩

(٧) Assurances mutuelles

تجدد سنوياً وبهمل دائمه مطالبته بها . وعلى هذا القياس اذا حللنا دين الاستحقاق في ربيع الوقف لاحظنا ان المواد ١٨٠ و ٢٣٤ من قانون العدل والانصاف لقدرى باشا قد قررت أن أعيان الوقف تستحق أجرتها في آخر كل سنة لا قبل ذلك ولا بعده ولا تثقل ذمة الناظر بها الا من يوم استلامها . ولا يتعين نصيب المستحق الا بعد التصفية . وعلى ذلك لا يعتبر هذا الدين ملحقاً بالديون المنوه عنها بالمادة ٢١١/٢٨٥ مدني المذكورة . وتأيد لدينا هذا المذهب بعد أن حللنا أحكام القضاء فيما قرره بالمذهبين^(١)

٢٦٩ - بيع انقاصه الوقف والاستبدال : راجع النبد ١٩٢٨ - ١٩٣٢

٢٦٩ مكرر - قسمه الاوقاف السائنة : اذا كان الجزء الشائع موقوفاً جاز فرزه وتجنبيه سواء كان الجزء الباقي موقوفاً^(٢) أو غير موقوف . لان البقاء في الشيوخ بلا قيد وشرط أمر موقوف على نتيجة القسمة . وتجاوز قسمة المهاياة بين المستحقين^(٣) وفي هذا التجوز ما يجعل الوقف هنا قريباً جداً من حق الانتفاع من حيث التمتع بالحقوق القانونية التي يستعين بها في حماية حقه غلة كان أو غير غلة

٢٧٠ - مدة اجماعه الوقف : تراعى شروط الواقف . واذا لم تتمين بها المدة فلا تزيد عن ثلاث سنوات طبقاً للمادة ٢٧٦ قدرى باشا^(٤) والمادة ٣٦٤/٤٤٧ مدني التي تقول بأن مدة تأجير المدير الشرعي^(٥) كالوصي والقيم لا تزيد عن ثلاث سنوات . ولا يجوز التأجير لمدة مستقبلية قبل انتهاء المدة السابقة واذا زادت المدة عن المقرر لها بكتاب الوقف أو بالشرعية نفذت الاجارة عن المدة الصحيحة وبطلت في الزيادة^(٦) الا اذا اشترط على المستأجر صمارة الوقف من الايجار^(٧) أو كان الناظر هو المستحق الوحيد فتنفذ عليه برمتها^(٨) ولا يجوز

(١) الالتزامات : الصحف والنبد السابقة (٢) ن ١٩٣٣ (٣) ١٩٣٤ - ١٩٣٦

(٤) ن ١٩٢٨ (٥) Administrateur légal (٦) ن ١٩٤٠

(٧) ن ١٩٤٤ (٨) ن ١٩٤١

له نقضها أخذاً بالقاعدة المعروفة من سعى في نقض ما تم على يديه فسميه مردود عليه . ويجب على الناظر أن يترى حتى تنتهى المدة القديمة فيؤجر لمدة جديدة^(١) ولو أجر قبل انتهاء الاولى بزمن يسير صح التأجير^(٢)

٢٧١ — قيمة الزهارة : الاجارة بأجر المثل . فاذا اصاب الوقف غبن جاز

للمستحق طلب فسخ عقد الايجار على شرط اقامة الدليل على وجود تواطؤ بين الناظر والمستأجر^(٣) أو وقوع خطأ جسيم لانه ملحق بالغش^(٤) . ولا يفسخ الايجار بموت المستأجر (المادة ٣٩١/٤٧٨ مدنى و ١٧٤٢ فرنسى) إنما يفسخ بموته أخذاً بما قرره رجال الفقه الاسلامى ، اذا كانت حاصلة قبل نشر القوانين الاهلية^(٥)

٢٧٢ — التنازع في الاختصاص بأصل الوقف : تقرر المادة ١٦/١٢ من

لأنحق إنشاء المحاكم الاهلية والمختلطة أن المحاكم لا تفصل فيما يتعلق بأصل الوقف^(٦) وقد تشعبت أوجه النظر لدى القضاء في بيان المعنى المقصود من هذه العبارة . والقضاء الاهلى يعمل على التوسيع من مجال اختصاصه كما يعمل القضاء الشرعى أيضاً كذلك مثله . والقول هنا يرجع لقانون المرافعات ويترك الافاضة فيه لاهله^(٧) إنما الذى يحسن أن نشير اليه هنا أن من اختصاص القضاء الشرعى تنصيب الناظر وعزلهم^(٨) وأهلية الواقف^(٩) واجراءات الوقف^(١٠) وما اذا كانت حصص المستحق في وقف من الجهة الخيرية أو من الجهة الاهلية^(١١) ويختص القضاء الاهلى بالبحث في صحة صدور الوقف^(١٢) وفي مرض موت الواقف^(١٣) وجواز الطعن في الوقف اذا حصل اضراراً بدائى الوقف (المواد ٥٣/٧٦/١٤٣/٢٠٤/٥٥٦/٦٨٠ مدنى و ١١٦٧ فرنسى)^(١٤) بحيث لا ينصب الطعن في الوقف الا على القدر اللازم

(١) ن ١٩٤٢ (٢) ن ١٩٤٣ (٣) ن ١٩٤٥ (٤) Dol

(٥) ن ١٩٤٦ (٦) Constitution des wakfs

(٧) راجع في ذلك مرافعات الدكتور أبو هيف بك الطبعة الثانية ص ١٤٦ وما بعدها ١٣٥

وما بعدها والمروامش الواردة بها (٨) ن ١٩٥٧ (٩) ن ١٩٦٠ و ١٩٦١

(١٠) ن ١٩٥٨ (١١) ن ١٩٦٨ (١٢) ن ١٩٦٢

(١٣) ن ١٩٦٥ و ١٩٦٧ — عكس ذلك ١٩٦٦ (١٤) التبت ١٩٧١ — ١٩٧٣

لوفاء بدين الطاعن فقط دون تراحم الدائنين الآخرين معه^(١) وعلى شرط أن يقدم الدليل على اعسار الواقف بأنه لم يكن لديه عقاراً كان أو منقولاً بما يفي بدين الطاعن فقط . وهذه هي الاحكام العامة لدعوى الابطال^(٢) . ويتعلق بذلك ايضاً مسألة جواز تعيين حارس بمعرفة القضاء ايضاً^(٣) ونرى الاخذ برأى تعيين الحارس

٢٧٣ - زوال الوقف بالتقادم : يزول الوقف بالتقادم . وانقسمت الآراء القضائية فيه اذ يقول بعضها بأن الدعوى لا تسمع له بعد مضي ٣٣ سنة . ويقول الآخر بمدة ١٥ سنة المقررة بالقانون المدني . وسلبين ذلك عنيد ما نتكلم على نظرية التقادم المكسب وان الرأي الثاني هو الأصح

٢٧٤ - ١ اكتساب الوقف بالتقادم لعقار مر غير موقوف : قال القضاء بجواز ان الوقف يكتسب عقاراً حراً بالتقادم فيلحق به فيصبح هو الآخر وقفاً . والمدة هنا ١٥ سنة^(٤) واذا تنازع وقفان على ملكية أرض حرة بالتقادم جاز الحكم بها للوقف واضع اليد وضماً قانونياً^(٥) . وانا نرى زوال الوقف بالتقادم في محله . ولكننا لا نقر المذهب القائل باكتساب الوقف لعقار حرة بمضى المدة ونقول بأن العقار المكتسب بالتقادم يصبح ملكاً حراً للمستحقين لا ملكاً للوقف ، لأن الوقف قيد للملكية وغل لها ولا يكون الا بعقد الايقاف ، فحيث لا عقد فلا ايقاف

٢ - الحكر

٢٧٥ - الحكر أو الاحتكار عقد ايجار يبيع للمستأجر الانتفاع بالعقار المؤجر الى أجل غير محدود أو الى أجل طويل معين مقابل دفع أجرة شهرية أو سنوية للمؤجر . ويقع في الاراضى المعدة للبناء موقوفة كانت أو غير موقوفة^(٦)

(١) ن ١٩٧٢ (٢) Action révoque (٣) ١٩٨٠ - ١٩٨٣

(٤) ن ١٩٧٥ (٥) ن ١٩٧٤ (٦) فتحي زغلول باشا شرح المدني ص ٢٩٠

— شرح الوقف لزيد بك الطبعة الثانية ص ١٠٤ — المواد ٣٣١ — ٣٤٦ من كتاب المدل والاصناف لقدري باشا . — دي مجلس ج ٤ ص ٣٩٢ — ٣٩٧ ن ١٥ — ٣٠

وله أحكام خاصة به وهي :

- (١) يثبت الحكر بالكتابة . ويجوز اكتسابه بمضى المدة . وفي نظرنا ١٥ سنة لا ٣٣ سنة كما يقول البعض بالقياس مع الوقف
- (٢) لا يصح الحكر في أرض البناء الموقوفة الا باذن القاضي
- (٣) حق المستأجر على العقار حق انتفاع وعلى ذلك فهو حق عيني . على أنه يجوز للمستأجر أن يحدث بالأرض أبنية وغراسا ويغير ما يشاء في مناهج استعمال الأرض على شرط أن لا يترتب على ذلك المساس بقيمة الأرض المؤجرة
- (٤) لا تستقر قيمة الايجار على حالة واحدة بل هي تقبل الزيادة والنقص بحسب الزمان والمكان . واذا كانت الزيادة راجعة الى تحسين قام به صاحب الحكر فلا يلزم بالزيادة

(٥) الاصل في الحكر أنه لأجل غير مسمى

- (٦) اذا تأخر المحتكر في دفع الايجار ثلاث سنوات فسخ العقد عليه ويجوز للمتعاقدین الاتفاق على غير ما هو مقرر لهذه الاحكام

ولما كانت يد المحتكر يد عرضية فهو لا يملك الأرض حرة له ما دام أن يده عرضية لأنها ليست يده بل هي يد المالك الاصلى ان كانت مملوكة للفرد ، أو لجهة البر التي لا تنقطع ان كانت موقوفة (كما يقولون) . على أننا لا نرى ما يحول دون تملكها بمضى المدة اذا حمل المحتكر على تغيير يده ^(١) بأن جعلها له لا لصاحب الرقبة واتجهت نيته الى التملك ونمت على هذه النية أعمال دلت على أن يده على الأرض يد المالك الحقيقي ^(٢)

(١) Intersion de titre (٢) ونرى هنا ضرورة الاشارة بالايجار الى الحكر

الفرنسي . وهذا الحكر Emphythéose هو حق عيني يتلق باسئلال شيء من طريق الاستعجار الدائم أو شبه الدائم Quasi-perpétuelle

وهذا النوع من الايجار يرجع الى الايام الاخيرة من امبراطورية الرومان حيث كانت الملكية العقارية محتكرة في أيدي عدد قليل من كبار الملاك . وقد بارت أراضي كثيرة بسبب الاملال في العناية بها . لذا فكر بعض المائزين لضياح واسعة في الاخذ بشكل خاص من أنواع الايجار يفتنون به من اعباء الأرض وعلى الاخص من دفع الاموال العقارية المقررة عليها ، فعملوا على التأجير

٣ - الخلو

٢٧٦ - الخلو أو خلو الانتفاع^(١) عقد اجازة لزمّن غير محدد عن أرض موقوفة مبنية أو غير مبنية أو زراعية . وخواصه أن المستأجر ملازم باصلاح

الناس لمد طويلة جدا . ونظرا لطول المدة في الانتفاع بالارض كان المستأجر يتعهد بتحسين الارض وزرعها Complanter . ولذا سمي هذا العقد بالحكر Emphytéose (والكلمة الفرنسية مشتقة من كلمة Emphutensis بمعنى ذرع Planter) وكان يدفع المستأجر جملا سنويا Redevice يسمى Canon أو Vectigal . وكانت حقوق المستأجر على الارض كبيرة الى حد أن يده على الارض تحكى يد المالك وكانت تتبع له حق الدفء عنها كالمالك ضد الغير . وأخذ الفرنسيون بهذا النوع من الايجار وكانت أقصى مدة مبنية له ٩٩ سنة ان لم يكن مؤجرا لا بد . وقررت بعض القوانين قبل قانون نابليون سنة ١٨٠٤ ولكن هذا القانون الاخير لم يفر اليه بشيء ما ، ولذا قام الخلاف بين الشارحين بشأن هذا العقد لامن حيث طول مدة الايجار بل من حيث الحق الذى يترتب للمستأجر على الارض المحكرة هل هو حق عيني Réalité du droit أم غير عيني فاذا قيل بأنه حق عيني جاز للمحتكر Emphytéote رهنه رهنا رسميا وجاز تزعم ملكيته منه تزعا عقاريا . وأما اذا قيل بأن للمحتكر كسبل مستأجر مجرد حق استغلال Dr.de jouissance فلا يجوز فيه الرهن وتزعم الملكية . ويكون لدائى المستأجر مجرد عمل حجر تحت يدالغير Saisie-arrest فيما يمكن أن يكون لمدينهم من الحقوق بدمية هذا الغير

وقد أدلى الشارحون في تقرير هذين الرأيين بجملة مذاهب . ففهم من قال بأنه مادام أن الحقوق العينية قد حصرت بالمادة ٥٤٣ (المقابلة للمادة ١٩٠ / ٥ مدنى مصرى) وان الحقوق العينية التى تبطل حق الرهن الرسمى قد حصرت ايضا بالمادة ٢١١٨ (المقابلة للمادة ٥٥٩ / ٦٨٣ مدنى مصرى) ولم يذكر بالمادتين حق الحكر فلا يجوز حينئذ القول بجواز توقيع الرهن الرسمى على الحكر . ويقولون بيلجيكيا بأنه مادام ان المحتكر كان بالقانون الفرنسى القديم كالمالك حقيقة وانه يملك على الارض حقاً يلحق بحق الملكية Droit utile فمن اللازم الاقرار له بهذه الحقوق في الوقت الحاضر . ويقول القضاء الفرنسى برأى هو الحد الوسط بين الرأيين المتقدمين ، اذ يقول بأن للمحتكر على الارض حق استغلال عيني Dr. réel de jouissance يشبه حق الانتفاع Usufruit ، وليس له حق الملكية Dr. utile ، وربما يتأيد هذا رأى بالمادة ٥٤٣ فرنسى فيما تشير اليه في أن حق الانتفاع يجوز أن يكون مجرد حق استغلال Un simple droit de jouissance ، وبالمادة ٢١١٨ في انها جعلت حق الانتفاع من ضمن الحقوق القابلة للرهن ، ومادام أن الحكر هو شكل من الانتفاع فهو يقبل الرهن أيضاً . وصدر قانون فرنسى في ٢٥ يونيو سنة ١٩٠٢ يقرر بأن الحكر حق عيني عقارى Dr. réel immobilier ، قابل للرهن الرسمى ، وحدد مدة للايجار فجعل الحد الأدنى لها ١٨ سنة والحد الاقصى ٩٩ سنة

(١) لا حلول الانتفاع كما يقول البعض : فتصى زغول باشا ص ٢٩١

الشيء المؤجر ، وأن يدفع المستأجر أجرة مقدرة لا تتغير ، وأن لا يكون لجهة الوقف الحق في فسخ العقد في أى وقت واسترداد العقار على شرط أن يدفع للمستأجر مازاد في قيمة العقار بسبب الاصلاحات التي قام بها (المواد ٣٦١ و ٣٦٠) من كتاب المدل والانصاف لقدردى باشا) ويجوز الاتفاق على غير ما هو مقرر من هذه الاحكام

٤ - في عقد الاجارتين

٢٧٧ - عقد الاجارتين عقد تؤجر به جهة الوقف مكاناً مبنياً اجارة مستمرة لاجل غير مسمى وخواصه : (١) أن يقوم المستأجر بحفظ العين وصيانتها بمصاريف من طرفه مهما كانت . - (٢) أن يدفع المستأجر مبلغاً مقدراً على سبيل التبرع لجهة الوقف وقت التعاقد وهو المسمى بالقيمة المعجلة ثم يدفع أجرة سنوية معلومة وهو المسمى بالقيمة المؤجلة - (٣) محل هذا العقد العقار المبنى الموقوف . - وهو كالحكر لولا خواصه الثلاثة المتقدمة ^(١)

ولقد تقرر عقد الاجارتين هذا بالقانون العثماني الصادر في ٧ صفر سنة ١٢٨٤ الموافق ١٠ يونيو سنة ١٨٦٧ . ولقد سبق لنا أن لاحظنا أن هذا القانون العثماني هو غير القانون العثماني الآخر الذي صدر في نفس هذا التاريخ متعلقاً بتملك الاجانب للعقارات بالدولة العثمانية ^(٢)

والمفروض في العقار الموقوف المؤجر بعقد الاجارتين أنه قد انقرضت سلسلة المستحقين فيه فألقت لوزارة الاوقاف ، لذا أقطعت له المستأجر بهذا العقد عقد الاجارتين ، سواء كان العقار مبنياً حامراً (المسقفات) أو غير مبنى ولكنه ذو ايراد (المستغلات)

(١) فتحي باشا زغلول ص ٢٩١ (٢) انظر قانون الاجارتين بقاموس الادارة والقضاء لجلاد بك للنسخة الفرنسية ج ٦ ص ٥٧٦ - ٥٧٧ تحت كلمة Wakf - الدولى الخاص بالكتور أبو هيف بك ص ٥٣١ ن ٣٨٦ والمهامش ١٦ - دى مجلس ج ٤ ص ٣٨٦ ن ٤

والحق المترتب على عقد الاجارتين حق يورث لورثة المستأجر طبقاً لما قرره قانون ٧ صفر سنة ١٢٨٤ المذكور وطبقاً للاصول والقواعد المقررة به في طريقة التوريت والتي خالف فيها القواعد المعروفة في الشريعة الاسلامية . اذ قرر هذا القانون بالمادة الاولى والثانية منه مساواة الابن بالبت وتقديم الابناء والبنات على من عداهم والى غير ذلك مما هو مبين في هاتين المادتين الأوليين منه

(٦) في تفسير المواد ٧/٢٢ و ١٧/٣٤ و ١٨/٣٧ و ٥٤/٧٧ مدني

٢٧٨ - أما وقد انتهينا الآن من حق الانتفاع وأحكامه والحقوق المشابهة له واحكامها وهي الوقف والحكر والخلو ، والاجارتين ، وما قرره القانون العثماني المؤرخ ٧ صفر سنة ١٢٨٤ الموافق ١٠ يونيو سنة ١٨٦٧ ، فإنه يسهل الآن فهم المعنى المقصود من المواد ١٧ وغيرها فهما يتفق مع الاعتبارات الشرعية الاسلامية ، ومع اللوائح والقوانين السارية بمصر :

(١) في المادة ١٧/٣٤ مدني : تقول هذه المادة ما يأتي : « انما ^(١) يجوز أن يوصى ^(٢) لمحل خيري تابع لديوان الاوقاف ^(٣) بملك العيين ^(٤) ولشخص أو أكثر ولورثته على التعاقب ^(٥) بحق الانتفاع ^(٦) وحينئذ لا يكون للمحل الخيري حق الملك التام الا بعد انقراض الموصى اليهم بحق الانتفاع ^(٧) . ويجب ربط هذه المادة بالمادتين قبلها ١٦ و ١٥ مدني اذ تختص هذه الاخيرة بأن حق الانتفاع مؤقت ومؤبد . ولا يكون بين الافراد الا مؤقتاً . وتشير بذلك الى أن الانتفاع المؤبد هو بين الحكومة في أراضيها الخراجية وبين الافراد طبقاً للوائح ، وهو ما نصت عليه المادة ٣٥ مدني مختلط والتي لم تنقل الى القانون الاهلي ولكنها تقرر قاعدة عامة . أما المادة ١٦ فهي تقرر بأن الانتفاع ينتهي بوفاة

(١) Toutefois Testament (٢)

(٣) Etablissement dépendant du ministère des Wakfs

(٤) Nu-propriété (٥) En ligue directe (٦) Usufruit

(٧) Famille usufruitière

المستحق . ثم جاءت المادة ١٧/ ٣٤ المنهكة وكالت في صدرها « انما » استدراكا للمادتين السابقتين عليها ١٥ و ١٦ ، أى أن الانتفاع يكون مؤبداً ولا ينتهي بموت المستحق اذا أوصى الموصى بالرقبة لحل خيري تابع للاوقاف وبالاتفاق أو بالمنفعة لشخص أو جملة أشخاص ولورثتهم، حتى اذا ما انقرضوا اجتمع وقتئذ حق الرقبة المتقدم مع حق الانتفاع بيد واحدة وهي يد الحل الخيري التابع لوزارة الاوقاف . والغالب أن هذه المادة انما تشير في تعبيرها بحق الانتفاع ^(١) الى الوقف ، ذلك الوقف الذي عرفه الشارع المصري المدني بالمادة ٧/ ٢٢ بما يأتي : « الاموال الموقوفة » ^(٢) هي المرصدة على جهة بر لا تنقطع ^(٣) ويصح ان تكون منفعتها ^(٤) لاشخاص بشروط معلومة حسب المقرر بالوائح في شأن ذلك ^(٥) والتعريف الشرعي للوقف هو « حبس العين عن تملكها لاحد من العباد والتصدق بالمنفعة على الفقراء ولو في الجملة أو على وجه من وجوه البر » (المادة الاولى من العدل والانصاف) ^(٦)

فاذا قارنا بين المادة ١٧ و ٧ من جهة وبينهما وبين التعريف الشرعي للوقف من جهة أخرى فأننا نلاحظ ما يأتي :

١ . — تحاشى المترجم للسادة ٧ في النسخة العربية أن ينقل هذه العبارة الفرنسية ^(٧) لان هذه العبارة انما استعملها « مونوري » و « موريوندو » من طريق التجاوز في التعبير . ولا تتفق مع الوقف الذي لا مالك له . بل هي تنطبق على ما كان معروفاً في عهد الاشراف والاقطاعات

٢ . — استعمل الشارع كلمة الانتفاع ^(٨) بالمادتين ٧ و ١٧ وهو يريد بذلك حق المستحق في الغلة ، ومعلوم أن حق المستحق في الغلة هو غير حق الانتفاع ، مع حصول شبه عظيم في الحقيين الوقف والانتفاع . والاستعانة بكلمة الانتفاع ^(٩)

Biens Wakfs (٢) Usufruit (١)

Propriété de mainmorte au profit d'établissement pieux (٣)

Reglements (٥) Usufruit cédé (٤) شرح الوقف لزيد بك ١

Usufruit (٩) Usufruit (٨) Propriété de mainmorte (٧)

بالنسخة الفرنسية هي من طريق التجاوه وكان للمترجم أن يتحاشاها كما فعل بالمادة ٧ بالعبارة الفرنسية ^(١)

٣. — في الغالب أن كلمة اللوائح الواردة بالمادة ٧ إنما تشير الى أحكام الشريعة الاسلامية فيما يتعلق بالوقف . واذا صح القول بأن هناك لوائح فانما يراد بذلك اللائحة السعيدية الصادرة سنة ١٨٥٤ والتي تمدلت فيما بعد ، وهي الخاصة بطريقة وقف الافراد لحق المنفعة الذي كان مقررأ لهم على الاراضي الخراجية ، وقصأ يرجع في قيوده الى تلك اللوائح ورأى الحاكم ، كما أشرنا الى ذلك في الملكية . ونضم الى ماتقدم أنه ربما انصرفت أيضاً كلمة اللوائح هنا الى القواعد المقررة بالقانون العثماني الصادر في ٧ صفر سنة ١٢٨٤ بشأن عقد الاجارين والتوريث بشأن الحق المقرر المستأجر فيه .

٤. — تقول المادة ١٧ بتقرير حق الانتفاع (وهي تريد الوقف) بالايضاء وكما يحصل الوقف في حياة الواقف ولا ينفذ الا بعد مماته فانه يحصل أيضاً في حياته وينفذ في حياته

٥. بـ وتقول بالايضاف لحل خيرى تابع لوزارة الاوقاف (ولفظ الوزارة الوارد بالنسخة الفرنسية غير صحيح عند وضع القانونين المحتلطين والاهلى سنة ١٨٧٥ وسنة ١٨٨٣ لانها لم تصبح وزارة الا سنة ١٩١٢ . ولذا تحاشى المترجم ذكره واسنعاض عنه بكلمة ديوان) . والواقع أن الايقاف كما يحصل لحل خيرى فانه قد يحصل أيضاً المدينة المنورة ومكة وهما ليسا من المحلات الخيرية التابعة لوزارة الاوقاف ^(٢)

٦. — ان القول بالمادة ١٧ بأن الرقبة تعطى لحل خيرى ، والمنفعة (يراد بها الوقف أى غلة الوقف) الى شخص أو ورثته على التعاقب ، ثم القول بأن حق الرقبة وحق المنفعة يجتمعان في يد واحدة ^(٣) بعد انقراض المستحقين قول غير

صحيح بالنسبة للتعريف الشرعي للوقف . لأن العين في الوقف لا تملك لأحد رتبة كانت أو ملكية تامة . وأتما يصدق قول المادة ١٧ على الانتفاع لا على الوقف

(٢) في المادة ٣٧/١٨ مدني : نصت المادة ١٨ على ما يأتي : « حق المنفعة ^(١) المعطى من ديوان الاوقاف ^(٢) قابل للانتقال ^(٣) من يد الى أخرى بمقتضى اللائحة ^(٤) المؤرخة ٧ صفر سنة ١٢٨٤ (١٠ يونيو سنة ١٨٦٧) . — ويجوز تأجيله أو إعطاؤه بالغاروقة »

وبمقارنة هذه المادة بالمادتين ١٧ و ٧ نلاحظ ما يأتي :

١ . — استعمل الشارع هنا كلمة الانتفاع ^(٥) مكان الوقف والسبب في ذلك أيضاً هو تعذر الوقوف على كلمة باللغة الفرنسية تقرر ما يراد بالوقف من الوجهة المقررة له شرعاً

٢ . — ذكر بالنسخة الفرنسية كلمة الوزارة . وتحاشاها المترجم فاستعاضها بكلمة ديوان

٣ . — تقول المادة بأن حق الانتفاع (وهو يريد الوقف حتماً) يورث . وهذا غير صحيح لأن الاستحقاق في الوقف لا يورث فلا يرث وارث المستحق المتوفى الا عن الواقف أصلاً ، باعتبار أن الوارث تلقى الحق لاعتن مورثه ، بل عن الواقف . والاستحقاق في الوقف ليس من التركة . ولذا اذا مات المستحق فلا يملك دائنوه حق الحصول على ديونهم من الاستحقاق المقرر للورثة لا بصفتهم ورثة بل بصفتهم مستحقين للوقف ، بأن عينهم مستحقين نفس الواقف لا مورثهم المتوفى واذا كانت المادة في قولها بالتوارث في الوقف لم تصب الحقيقة بل قالت خطأ فكيف يحصل هذا الخطأ المقول به ، مع أنها استندت الى قانون ٧ صفر سنة ١٢٨٤ وكيف اجمع بين الخطأ وقانون بينما الخطأ مقرر بهذا القانون ؟ ليس هناك خطأ . ذلك لأن التوارث في استحقاق الوقف ، باعتباره غير

صحيح من الوجهة الشرعية الاسلامية ، فهو صحيح في حالات خاصة قررها سلاطين آل عثمان بقانونهم المشهور ٧ صفر سنة ١٢٨٤ الذي تكلمنا عنه والذي قرر عقد الاجاريتين وقرر فيه جواز التوارث في حق المستأجر بالارض الموقوفة المبنية أو الارض الموقوفة ذات الایراد^(١) وقلنا بأن هذا القانون رسم قواعد خاصة فيما يتعلق بآرث الحق المقرر للمستأجر ، لان المدة غير معينة . فاذا مات المستأجر ظل الحق على الارض محل عقد الاجاريتين قائماً يتوارثه ورثة المستأجر وورثة الورثة وهكذا . وعلى ذلك يكون القول بصحة التوارث في الوقف بالمادة ١٨ المذكورة انما هو منصرف الى عقد الاجاريتين حتماً . والدليل على ذلك هو التجويز للمستأجر ، وهو بمثابة المستحق في الوقف ، مع هذا الفرق في أن المستأجر هنا يدفع اجاريتين احدهما معجلة والثانية مؤجلة والمستحق لا يدفع شيئاً ، بالتأجير من باطنه أو باعطاء الارض بالعاروفة ، كما تقول بذلك المادة ١٨ في آخرها .

٢٧٩ - : التكليف القانوني لحق المستأجر بعقد الاجاريتين : فما هو اذن التكليف القانوني لحق هذا المستأجر ؟ هل هو استحقاق في وقف ، أم مستأجر بالمعنى الصحيح ، أو منتفع بحق الانتفاع ؟ ليس هو بالمستحق كما قلنا لأنه لم يكن ممن عينهم الواقف بطائفة المستحقين . وليس بالمستأجر لانه دفع اجاريتين ، احدهما تبرها . وليس بالمنفع لان الاصل في الانتفاع أن يكون معقوداً بحياة المنتفع ويزول بوفاته . وليس بالمحتكر لاختلاف الخواص فيهما . وان كان لا هذا ولا ذاك ، فاذا يكون هذا الحق ؟ نقول أنه حق خاص قائم بذاته^(٢) وهو وليد الظروف ونتيجة اتفاق الافراد فيما هم أحرار فيه بما لا يتعارض مع النظام العام . نقول ذلك أخذاً بالقياس فيما قررناه بالقانون التجاري في نظرية التأجيل بالبورصة^(٣) وما قرره لاكور^(٤) فيها . أي أنه يجوز اعتبار الحق اعتباراً قانونياً لا وصف له بالقانون ما دام أنه نتيجة لعقد معقود بين الطرفين . وان صح القول

(١) دى مجلس ج ٤ ص ٣٨٤ — ١٣٨٦ ن ١ — ٤

Lacour (٤) Report (٣) Sui generis (٢)

بأن الحق يسمى باسم العقد ، جاز لنا القول بأن حق المستأجر بعقد الاجاريتين يسمى بحق الاجاريتين ، بمعنى أنه يرجع في تعيين حدوده وبيان آثاره القانونية الى عقد الاجاريتين ذاته . وفي ذلك الكفاية

٢٨٠ - (٣) في المادة ٥٤/٧٧ صرنى : تقول هذه المادة ما يأتى :
 « يكون في الحكم في الموارث^(١) على حسب المقرر في الاحوال الشخصية^(٢) المختصة بالملة التابع لها المتوفى ، أما حق الارث في منفعة الاموال الموقوفة^(٣) فتتبع فيه أحكام الشريعة المحلية^(٤) » وتقتصر القول هنا على الفقرة الثانية الخاصة « بالارث في منفعة الاموال الموقوفة » وبعد ذلك البيان الذى أوردناه في شرح المواد السابقة فقد زال غموض هذه المادة وكأنت موضع الخطأ والصواب فيها وذلك :

١ - أصر الشارع هنا على استعمال كلمة انتفاع بدلا من عبارة الوقف والاستحقاق في غلة الوقف

٢ - التوارث في منفعة الاموال الموقوفة ، يراد به هنا التوارث في حالة عقد الاجاريتين للاسباب التى بينهاها في شرحنا للمادة ١٨ ، لانه لا توارث في استحقاق الوقف كما أثبتناه في مكانه

٣ - قول المادة عند التورث « تتبع الشريعة المحلية » انما يراد به قانون ٧ صفر سنة ١٢٨٤ . اذ هو القانون الوحيد الذى أباح التوارث ، والتوارث فقط في الحق المترتب للمستأجر عن عقد الاجاريتين . وأما القول هنا بالرجوع الى الشريعة الاسلامية ، كما قال بذلك فتحي باشا زغلول^(٥) فهو غير صحيح لأن الشريعة الاسلامية لا تتبع التوارث في الوقف . فلا بد اذن أن يكون التوارث هنا منصبا على قانون ٧ صفر المذكور الخاص بعقد الاجاريتين^(٦)

Statut personnel (٢)

Successions (١)

Loi locale (٤) Usufruit des biens Wakfs (٣) (٥) م ٨٧

(٦) . الدول الخامس للكتور أبو هيف بك م ٥٢٩ د ٥٣٠ ن ٣٨٦

٤ — القول بضرورة الرجوع الى عقد الاجارين المنصوص عنه بقانون ٧ صفر المذكور صحيح فيما اذا كان العقد هو عقد الاجارين ، بمعنى أن التورث يحصل بمقتضاه في أن المذكور مثل حظ الاثني . فاذا لم يكن العقد عقد الاجارين ، وكان خاصاً مثلاً بالحكر أو الخلو ، انصرفت حينئذ عبارة المادة في قولها « أحكام الشريعة المحلية » الى أحكام الشريعة الاسلامية فيما يتعلق بالتوارث بوجه عام باعتبارها هي الشريعة المحلية^(١)

في حقوق الارتفاق

(١) في التمييز بين حق الارتفاق وحق الانتفاع

٢٨١ — عرف الشارع حق الارتفاق^(٢) بالمادة ٣٠/٥١ مدني و٦٣٧ فرنسي بما يأتي : « الارتفاق هو تكليف^(٣) مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر أو لمنفعة الميرى^(٤) وتتبع فيه شروط العقد الذي ترتب عليه^(٥) وجود ذلك التكليف وعرف البلد^(٦) والعقار المخدم أو المنتفع أو المرتفق^(٧) هو ما تقرر له الارتفاق خاصة . والعقار الخادم أو المنتفع به أو المرتفق به^(٨) هو المحمل بحق الارتفاق ومن هذا التعريف تظهر الفروق بين حقون الارتفاق العينية^(٩) ، وهي حقوق الارتفاق الاصلية الحقيقية ، وبين حق الانتفاع^(١٠) الذي ينبت كما رأينا بأنه حق ارتفاق شخصي^(١١) . وهذه الفروق هي :

- (١) الانتفاع اما منقول أو عقارى وأما الارتفاق فهو عقارى دائماً
- (٢) بما ان الانتفاع مقرر لمصلحة شخص فهو مؤقت بطبيعته وأقصى مدة له حياة المنتفع . أما الارتفاق وقد تقرر لمصلحة عقار فهو دائماً بدوامه وخالد بخلوده

(١) أبو هيف بك ص ٥٣١ — جرائعولان ، في العقود ص ١٦٦ — دى هلس ج ٤ ص ٣٨٦ ن ٥ (٢) Servitude (٣) Charge (٤) Etat (٥) Titre de leur constitution (٦) Usages locaux (٧) Fonds dominant (٨) Fonds servant (٩) Serv. réelles (١٠) Usufruit (١١) Serv. personnelle قانون دى هلس ج ٤ ص ١٩٣ ن ١٢

وقد قال الرومان بهذه التفرقة الاخيرة وقالوا في حق الارتفاق بأنه من أوصاف العقار^(١) ونعت له والنعت يدوم ما دام منعمته وكذلك الارتفاق فهو يخلد مع خلود العقار ، والارتفاق دائم كالملكية ، الا اذا اتفق الافراد أصحاب الشأن على خلاف ذلك

٣) حق الانتفاع حق متميز مستقل ومعين بمال صاحبه من ضمن ممتلكاته وهو حق أصلي^(٢) يجوز اسقاطه والتنازل عنه والحجز عليه ورهنه . أما الارتفاق فهو على العكس حق تابع ضرورة^(٣) للعقار المرتفق . فلا يجوز الاسقاط فيه لعقار آخر ولا يصح الحجز عليه ولا ينفذ فيه الرهن وحده دون العقار نفسه

٤) ان حق الانتفاع كالملكية من حيث التعريف لكل منهما اذ ينصرف الواحد منهما الى هذين الركنين من الاركان الثلاثة للملكية الكاملة وهما حق الاستعمال^(٤) وحق الاستغلال^(٥) وأما موضوع الارتفاق فانه يتمين بقدر ما يتفق عليه العاقدون وتدعو اليه ضرورات الحاجة . فاذا كان هناك بعض حقوق ارتفاق معلومة كحق المرور^(٦) وحق المظل^(٧) فان هناك أيضاً صوراً للارتفاق توجد حيث تدعو الضرورات الاجتماعية والاقتصادية ، والافراد أحرار في تقريرها ما داموا في حدود القانون وما دام ان الشارع نفسه لم يعمل على التضيق من حرية الادارة هذه وحدها بمحدود خاصة . لذا لم يعرف الشارع الارتفاق بالمادة ٣٠ كما عرف الملكية بالمادة ١١ والانتفاع بالمادة ١٣ ، ولم يجر في تعريفه من طريق تعيين موضوعه^(٨) ومبلغ قوته وأثره^(٩) بل اقتصر على القول بأنه تكليف^(١٠) في منفعة عقار . والتكليف تعبير عام تنطوي تحته صور مختلفة بقدر ما يراضى عليه أصحاب الشأن من أنواع المنفعة الموجودة للعقار المرتفق

٥) وان قيل بوجود شيء من التشابه بنوع ما بين الانتفاع والارتفاق من

Accessoire (٣)	Principal (٢)	Qualité du fonds (١)	
Vue (٧)	Passage (٦)	Fructus (٥)	Usus (٤)
	Charge (١٠)	Contentue (٩)	Objet (٨)

حيث أن للاخير حق استعمال العقار المرتفق به بطريقة ما ^(١) فانهما يختلفان في أنه ليس للارتفاق حق استغلال هذا العقار الاخير ^(٢) أى الانتفاع بمحصولاته وثمراته ولكن يحصل ان الارتفاق قد يجعل صاحبه في حل من تملك جزء من ثمرات العقار المرتفق به كما اذا كان الارتفاق منصبا على أخذ الرمال اللازمة من العقار المرتفق به للعقار المرتفق في سبيل ترويج استغلال هذا الاخير واستثماره عند صاحبه . ومن هنا يرى انه قد يدق التمييز احيانا بين الاستعمال اللازم للانتفاع بحق الارتفاق وبين حق الانتفاع ذاته . وتسهل التفرقة اذا تقرر أحد هذين الحقين بمقد بين العاقدين ، اذ يمكن أن يذكر به ما يشير الى دوام الحق واستقراره الخالد بمقار على عقار اذا أريد به ارتفاقا لا انتفاعا . وعلى العكس يشار بالمقد الى تعليق الحق بمدة معينة وشخص معين اذا أريد به حق الانتفاع

قلنا ان الارتفاق تكليف لمقار على عقار . أى رابطة تربط عقارين ببعضهما البعض . وليس معنى ذلك ان النتيجة فيه ليست لمصلحة الاشخاص أصحاب العقارات وربما يتقرر لصاحب العقار المرتفق حقوق أمر ونهى نافذة على صاحب العقار المرتفق به . ونريد حينئذ بالقول برابطة بين عقارين ان حق الارتفاق يدوم بدوام هذين العقارين بصرف النظر عما يعترى المالكين من التغيير والتبديل بالبيع والبدل والوراثة . أى سواء كان زيد هو صاحب أحد العقارين وبكر صاحب العقار الآخر فان الارتفاق قائم طالما ان العقارين قائمان ، وطالما انه لم يقع ما ينقضى به الارتفاق بالتقادم وغيره ^(٣)

هذا ولا محل للقول بوجود الارتفاق الا اذا كان العقار المرتفق والمرفق به مملوكين لشخصين مختلفين . وأما اذا كانت العقارات مملوكة لشخص واحد فلا محل للقول بالارتفاق لانه يصبح في حل بحق ملكيته في أن يعمل ما يشاء فيها من حيث أن أحد العقارين يخدم الآخر بأى وسيلة ما يراها هو ^(٤) ؛ وفي ذلك

(١) Usage (٢) Jouissance (٣) دى هلس ج ٤ ص ١٩١ ن ٥

(٤) دى هلس ج ٤ ص ١٩٠ ن ٢

يقول الرومان^(١) « ليس لاحد ارتفاق على ملكه هو » . والدليل على صحة هذا القول انه اذا انفصل العقاران عن بعضهما البعض بعد أن رتب لهما مالكهما من قبل ما شاء من وسائل الانتفاع بهما ، فانه لا يمكن أن يقال بعد الانفصال بأن عقاراً منهما قد انتقصت بعض اجزاء الملكية منه . ولهذا الحالة استثناء يتعلق بما استراه بعد بشأن الارتفاق بفعل رب الاسرة^(٢) . والعقار المرتفق اما أن يكون مملوكاً للفرد أو مملوكاً للحكومة باعتبارها كالفرد في أملاكها الخاصة . وقد يجوز أن يكون العقار المرتفق هو من العقارات المتعلقة بالمنفعة العامة . ولعل ذلك ما يريد أن تقوله الفقرة الاخيرة من المادة ٣٠ مدنى أهلى ، وهى تلك الفقرة التى لم ترد بالمادة ٥١ مدنى مختلط .

(٢) حقوق الارتفاق من الوجهة الاقتصادية

٢٨٢ - ان للارتفاق أثراً ظاهراً فى بناء الملكية العقارية من الوجهة القانونية ، وسواء كانت الملكية العقارية للبناء أو للزراعة . ومن شأن حقوق الارتفاق ترويج المقارات وتسهيل وسائل الاستغلال وزراعة الاراضى والعمل على ما يكون منه ذريعة فى زيادة قيمة المقار ورفع ثمنه . ولو أن هذه المنافع لا تحصل الا بعد أن يحمل المقار الآخر المرتفق به بما من شأنه مضايقته فى الانتفاع به ، الا أن الامر ليس من التعاقم والمقزم بحيث يخشى منه على المقار المرتفق به ، وبجانب ما يعود من الفائدة الجلى على صاحب المقار المرتفق . فاذا استحال على أرض واسعة الارجاع ربيها من ماء بعيد عنها ولا سبيل اليه الا بتمرير مسقاة بأرض الجار لا تتلف عليه اكثر من مسطح أرض زهيد كان من المصاحبة العامة أن لا تترك الارض الواسعة بلا استغلال بينما لا يصرف فى سبيل ذلك اكثر من مسطح صغير تدفع قيمته الى صاحبه تعويضاً له . ولهذا تغلب الارتفاقات بين المقارات

(١) Nemina res sua servit دى مجلس ج ٤ ص ١٩١ ن ٥

(٢) Destination du père de famille

المتجاورة. ولقد عني الرومان بأمر الارتفاقات وأوسعوا لها في أبحاثهم مكاناً يتفق مع ما لها من الأثر الهام في بناء الملكية العقارية كما رأينا. ولقد نحا منحوم مشرعو الوقت الحاضر اذ فسخوا لها هام الآخرون أيضاً مجالا بالقوانين المسطورة . ولما كان للرى شأنًا خاصاً بمصر وأخذ يتطور من دور الحياض الى دور المناوبة ، وكانت ثروة البلد ترجع لما تخرجه الارض من زرع لا من حجر أو ختم ، عني الشارع بأمر هذا الرى والعمل على تسهيل رى الاطيان البعيدة من مأخذ المياه بالنيل أو بالترع العامة ، ووضع لذلك قانونين الواحد بعد الآخر وكان الاخير لاغياً للاول وهو قانون الترع والجسور الصادر سنة ١٨٩٤ وقد راعى ما فيه الكفاية في حماية الاراضى من العوز للماء والعمل على رفع ما يحول دون الاستغلال استغلالاً صحيحاً مشمراً

هذا ويلاحظ الناقدون للقانون الفرنسى ، أن للارتفاق عندهم حالة قائمة لا تتغير ^(١) بمعنى أنه اذا تقرر حق الارتفاق فلا يجوز مساسه طول الابد لا بالنقص ولا بالزيادة . ويقررون بأن لحالة عدم التغير هذه منافع ومضار . وربما كان لهذا النقد أثر في القانون المصرى بما ستراه بعد

٢٨٣ — اما منافعها فانه لا يجوز لمالك العقار المرتفق العمل على ما فيه من ارهاق العقار المرتفق به من طريق التوغل في الارتفاق والاكثر منه ^(٢) ، كما انه لا يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يعمل من جانبه هو الآخر أيضاً ومن طريق عكسى على الاضعاف من شأن الارتفاق والتقليل منه ^(٣) (المواد ٧٠١ و ٧٠٢ مدنى فرنسى واحكامها عامة) فلا يجوز حينئذ لصاحب العقار المرتفق به أن يغير من مكان الارتفاق ولا أن ينقل الارتفاق الى مكان آخر (المادة ٧٠١ مدنى فرنسى وحكمها عام) ولا يجوز لصاحب العقار المرتفق أن يخرج في طريقة استعماله للارتفاق عن القدر المعين بأن لا يجرى تغييراً أو تعديلاً بالعقار المحمل بالارتفاق أو بعقاره

هو بما ينتهى الى تسوية حالة العقار المرتفق به (المادة ٧٠٢ مدنى فرنسى وحكمها عام) فاذا كان حق الارتفاق خاصاً بالمرور على الاقدام فلا يجوز المرور بالعبات . وان كان خاصاً بمرور مالك العقار المرتفق وأهل أسرته وخدمته فلا يصح استعمال المرور لاستغلال مصنع مثلاً . هذا مع ملاحظة أن حق الارتفاق يشمل دائماً ايضاً الحقوق الاخرى التى من شأنها تسهيل استعمال حق الارتفاق فاذا كان الارتفاق خاصاً بحق الارتواء من بئر مملوكة لآخر وجب حتماً الاباحة للرتوى بحق المرور للوصول للبئر (المادة ٦٩٦ مدنى فرنسى وحكمها عام)

هذه الصفة الخاصة بعدم تغيير حال الارتفاق ضفة لازمة لا بد منها . لان الارتفاق باعتباره تابعاً للعقار المرتفق وظل له ^(١) ، سواء كان الارتفاق تكليفاً على العقار المرتفق به أو منفعة للعقار المرتفق ، فان للارتفاق أثراً ظاهراً فى تقويم العقار وقدره وعاملاً من عوامل رفع ثمنه أو خفضه فى مجال المعاملات بين الافراد فاذا ظل الارتفاق ويد التعديل والتغيير تعمل فيه بالزيادة من طرف وبالتقص من أخرى ترتب على ذلك اضطراب ظاهر فى تقدير ثمنه الامر الذى يترتب عليه اضطراب الحركة الاقتصادية العامة . لذا وجب أن يبقى الارتفاق كما هو لانعروه الزيادة من جانب ولا يلحقه الانقصاص من جانب آخر لما فى هذا الاستقرار من الطمأنينة فى ثمنه من الوجهة الاقتصادية العامة . ولقد ضرب القانون الفرنسى مثلاً لذلك بالمادة ٧٠٠ فاذا اقتسم أصحاب العقار المرتفق هذا العقار بقى حق الارتفاق قائماً لكل جزء من أجزاء القسمة ودون ان يترتب على بقاءه تحميل العقار المرتفق به بأكثر مما كان يحمله به من قبل . فان كان الارتفاق خاصاً بحق المرور ظل حق المرور قائماً بعد القسمة ينتفع به كل مالك للجزء من أجزاء العقار المرتفق المقتسم . واذا كان الارتفاق خاصاً بحق أخذ الرمال من العقار المرتفق به فلا يجوز للمالك بعد القسمة أن يأخذوا فى مجموع ما يأخذونه بأكثر مما كانوا يأخذونه من قبل عند قيام الشيوع بينهم ^(٢)

هذا فيما يتعلق بما يعود من المنفعة من عدم تغيير الارتفاق وضرورة بقائه على حالة واحدة

٢٨٤ - وأما مضار ماله عدم التغيير : فان في بقاء الارتفاق على حالة واحدة لا تعتريه زيادة من جانب أو نقص من الجانب الآخر ، ما من شأنه أن يترتب عليه ضرر يذكر . فاذا فرض وكان للعقار المرتفق به أن يستطيع تحمل القيام ببعب الارتفاق وقت انشائه ، فانه قد يقع أن يتفاقم العبء ويصبح بحالة لا يستطيع معها العقار المرتفق به القيام به دون أن يضار ضرراً بليغاً يؤثر على كيانه . وربما يذهب بمنافعه ونعماته . لذا قيل بضرورة بقاء الارتفاق الآن على ما تقر من قبل والضرر يتفاقم بالعقار المثلقل به لترتب على ذلك ضرر كما رأينا لانتفيع فيه منفعة العقار المرتفق فيما اذا أريد الآن تقرير الارتفاق . لذا حالج القانون الفرنسي من شدة هذه الحالة في موطن من مواطنها . ذلك أنه قرر بالمادة ٧٠١ بأنه مع ضرورة بقاء الارتفاق كما هو بالمكان المعد له ، الا انه اذا ظهر فيما بعد بأن العقار المرتفق به قد بلغ به الضرر مبلغاً خطيراً أو ان حالة الارتفاق الجديدة تحول دون أن يستطيع صاحب العقار المرتفق به على العمل من ترميم عقاره ترميماً صالحاً له ، جاز وقتئذ لصاحب العقار المرتفق به أن يعرض على صاحب العقار المرتفق مكاناً آخر يجري فيه الارتفاق بما لا يقل في الاستفادة عن ذى قبل ولا يجوز لصاحب العقار المرتفق أن يأبى على جاره قبول هذا المكان الجديد

اذا علم ذلك فما هو مبلغ هذه المواد الفرنسية ٧٠٠ و ٧٠١ و ٧٠٢ من القانون المصري ولا مثيل لها بنفس القانون المجموع سنة ١٨٧٥ مختلط وسنة ١٨٨٣ أهلى ، وما هي آثار القواعد التي قررتها سواء ما كان منها عاماً بالقانون من حيث هو ، أو خاصاً بالقانون الفرنسي ؟

الذى نقول به ان هذه القواعد المدرجة بهذه المواد ٧٠٠ - ٧٠٢ فرنسى انما هي قواعد عامة يصح الأخذ بها في القانون المصرى المجموع . وعلى ذلك لايجوز لصاحب العقار المرتفق أن يعمل من جانبه على ما فيه من زيادة الارتفاق

في مصلحته . ولا يجوز أيضاً لصاحب العقار المحمل بالارتفاق أن يعمل على نقص الارتفاق من جهته . وأما من حيث جواز تغيير مكان الارتفاق أو تعديل الارتفاق تعديلاً يتناسب مع الحالة الجديدة التي نشأت من حركة التطور الاقتصادي والعمراني المحلي أو العام ، فإنه مما لا يتفق مطلقاً مع الاصول العامة للقانون ولروح حق الارتفاق أن تظل الحال القديمة كما هي وقد تغيرت الظروف وتعدلت الشؤون وعلى ذلك لا بد من قبول الدعوى القائلة بتعديل الارتفاق تعديلاً يتناسب مع الحالة الجديدة .

ولنا في تقرير القواعد العامة سند من الاصول العامة للقانون ، ونصوص القانون .

٢٨٥ - اما مع حيث الاصول العامة للقانونه : فان حق الارتفاق انما هو في أصله اعتداء ، ولكنه اعتداء مشروع ، من مالك على مالك . وبراى فيه بوجه عام أخف الاضرار الممكنة (المادة ٥٤/٣٣ مدنى من طريق القياس) بالرجوع الى الظروف المعروفة وقت تقرير حق الارتفاق . والمفروض أن التعويض ملاحظ فيه قيمة الضرر الحاضر ، والضرر المستقبل المعروف الآن أخذاً بالحاضر . فاذا تفاقم الضرر فيما بعد بحالة لم تكن معروفة وقت تقرير الارتفاق ولم يدخل الضرر ضمن التعويض ، لانه لم يكن معروفاً اذ ذاك ، جاز اعادة النظر في الارتفاق القديم والحديث ولخصه من جديد والنظر فيه بالرجوع الى الاصول العامة في تقرير حقوق الارتفاق بالمقد أو القضاء . فان جاز التعويض قضى به اذا كان الضرر ليس من التفاقم بما يذهب بكيان العقار المحمل به ، والا منع الارتفاق وزال القديم ٢٨٦ — قلنا بجواز اعادة النظر من جديد عند تغير الحال بما لم يكن بالحسبان لدى طرفي الارتفاق ، ووجدنا في ذلك نظرية جديدة هي بنت الحرب العالمية^(١) ، وهى النظرية الخاصة بتعديل العقود اذا طرأت بعد انعقادها حالات غير عادية

لم تدر بخلاف العاقدين وقت انعقاد العقد^(١) الامر الذي جعل القضاء الفرنسى فى أخذه بها أن لا يعول على الاحكام الحازة لقوة الشيء المحكوم فيه . ولا يمكن مؤاخذه رأينا هذا بأن يقول ناقد بأن عقد الارتفاق انما هو يشبه من بعض الوجوه العقد الاحتمالى^(٢) اذ أن كلا من العاقدين يتحمل الآن وفى المستقبل ما يحدث له من الضرر . والا لو أبيحت اعادة النظر كلما جد جديد لاضطربت الحقوق ولما استقرت على حالة مضطربة من الطمأنينة . والطمأنينة هى من أخص خصائص الحق فى وقت نشبت فيه الشؤوب واختلفت فيه أوجه العقود . تقول لا محل لهذا النقد . لان عقد الارتفاق ليس بالعقد الاحتمالى المعروف . ولأن اعادة النظر فى عقد سابق اذا جد جديد لا يكون دائما وأبداً . وانما اذا كان الجديد لم يخطر قط ببال العاقدين وقت العقد . أليس تقاذ العقود والتعويض فيه يرجعان أيضاً الى ما هو معروف من القوة القاهرة والحادث الجبرى ، ونعلم بانهما حادثان ما كانا ليخطرا على بال العاقدين عند انعقاد العقد ؟

انما الحق ينموى بيبته التى ظهر بها . وبيئة الحق عقده . والحق والعقد واردة العاقدين كل ذلك واحد . ويجب أن لا يخرج الحق عن مبلغ ما أراده كل منهما أليس الغلط والغش مفسدين للحق ، لانهما طابا الارادة فخرجت هذه على عكس ما أثبتته العقد ؟ ولم شرع الا بطلان هنا ؟ أليس لأن الحق الظاهر من العقد لا يتفق مع ارادة العاقد المخدوع أو المخطئ ، ولان الحق الظاهر هو عين الحق الحقيقى المستور ؟ ابطال العقد هنا انما هو بمثابة رجوع فى العقد ، أى اعادة نظركما تقول هنا . فان اتفق العاقدان من جديد كان به والا فلا عقد ولا حق . اذن تعمل على تكوين الحق تكويناً أصلياً له عوامل جوهرية اكتسفته ، وأهمها عامل ارادة العاقدين . ويجب أن لا يتعدى الحق هذه الارادة ، أى مبلغ ما يعلم به العاقدان وقت العقد . ولا نؤاخذ هنا بأنه اذا أخذ بمذهبنا هذا على اطلاقه فان العقود

تصبح ولا مستقر لها . لانه ربما أراد البائع أن يبيع لانه اعتقد بأن السوق سينزل ثم ارتفع فيعود الى ابطال العقد . وجوابنا أن هذا خلط بين سبب العقد ، وهو عمل قانوني ، لانه هو المباشر ، وبين الباعث للعقد ، وهو غير المباشر ولا أثر قانوني له

هذا من حيث التعليل العلمى البحث

٢٨٧ - وأما من حيث النصوص فان قانون الترع والجسور والمساقى الصادر

في ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٤ قد أورد نصوصاً تؤيدنا فيما ذهبنا فيه وقررناه هنا . ذلك أنه قرر بأنه لا يجوز لمن تعلق للغير على أرضه حقوق ارتفاق كالمساقى والمصارف أن يعمل على ما فيه الاضرار بحق الارتفاق كعدم المسقى أو غير ذلك (المادة ٦) وانه يجوز لصاحب حق الارتفاق بمسقى في أرض الغير أن يطلب توسيع مجرى المسقى الموجودة من قبل اذا لاحظ أن المياه التى تمر منها ليست كافية لرى أرضه (المادة ١٠) . واذا لاحظت الادارة ، وهى مصلحة الرى ، أن مسقى من المساقى الخاصة باعتبارها حق ارتفاق قد أصبحت ولا تؤدى وجه المنفعة المرجو منها بل قد يترتب من وجودها ضرر باراضى الغير جاز ازالتها (المادة ١٣) وتزال أيضاً فيما اذا كان صاحب العقار المرتفق لا يعمل على تطهيرها بما تترتب عليه ضرر للغير (المادة ١٦) ويجوز استبدال المسقى الموجودة من قبل بمسقى أخرى اذا تبين منها تعذر فى الرى (المادة ١٧)

وهذه النصوص ترمى فى روحها الى تأييد النظرية المتقدمة وهى أوسع مجالا وأبعد مرمى من النصوص الواردة بالقانون الفرنسى كما رأينا

(٣) فيما ترمى اليه حقوق الارتفاق العينية

٢٨٨ - قلنا أن أنواع التكاليف التى تنقرر على الاراضى فى خدمة بعضها

البعض على شكل حقوق ارتفاق أنواع عديدة . فمنها ما يكون خاصاً بتقرير حالات

خاصة بين الجيران كارتفاق المرور^(١) ، ومنها ما يتعلق بأن يتعهد صاحب العقار المرتفق به من أن يعمل أو لا يعمل صملاً معيناً كأن يتعهد بأن لا يبني في منطقة معينة ومهما اختلفت أنواع هذه التكاليف فإن النتائج فيها واحدة . ذلك أن حق الارتفاق بالنسبة للعقار المحمل به لم يخرج عن كونه نقصاً في هذا العقار وانتقاصاً لحق الملكية فيه وقيمتة المالية لما يترتب عليه حتماً نقص في غلته وثمرته العادية . وعلى النقيض من ذلك فإنه يترتب عليه زيادة في قيمة العقار المرتفق

وان كانت حقوق الارتفاق تنقرر بتراضى الافراد وبالعادات المحلية وتثبت أحكامها بهذين المصدرين الاتفاق والمادة (المادة ٣٠ / ٥١ مدنى و ٦٨٦ فرنسى) إلا أنها هي الاخرى خاضعة لقيود قانونية هامة وردت بالمادتين ٦٣٨ و ٦٨٦ فرنسى باعتبارها قواعد عامة ترجع لاصل الارتفاق وروحه . وهذه القيود ثلاثة :
١) ليس من شأن الارتفاق أن يكون راجعاً لميزة يختص بها عقار على عقار (المادة ٦٣٨ فرنسى)

٢) لا يجوز أن يترتب عن الالتزام الخاص بالارتفاق ما يتعارض مع المصلحة العامة (المادة ٦٨٦ فرنسى)

٣) لا يجوز تقرير الارتفاق لاضد الشخص ولا في مصلحة الشخص بل يقرر الارتفاق لمصلحة عقار على عقار (المادة ٦٨٦ فرنسى)

١ - في قيود حقوق الارتفاق

١ - التقييد الاول . لامية لعقار على عقار

٢٨٩ - كان الغرض الذى يرمى اليه واضعو القانون الفرنسى سنة ١٨٠٤

(١) والارتفاق الخاص بزرع الاشجار . اذ يجوز للمالك الذى يفرس أشجاراً بالقرب من حدود ملكه أن يكتسب بوضع اليد مع مضي المدة الطويلة الحق في ابقاء تلك الاشجار رغم أن أنها ضارة بالارض المجاورة ، باعتبار أن هذه الحالة تعتبر حق ارتفاق ولكن لم ينص عليه القانون بالذات . على أن لجار دائماً الحق في قطع فروع الاشجار التى تمتد فوق أرضه : أسيوط جزئى ٨ نوفمبر سنة ٩٢٠ م ١ ، ٢٣ م ١٢ عدد ٨ — ٦ أبريل سنة ٩٠٥ ، ١٨ ، ١٨٨ ، مرجع القضاء م ٢٨٧ ن ٩٣٨

من تقرير هذه القاعدة أن يقضوا على ما كان معروفاً في القرون الوسطى من امتيازات عهد الاشراف والاقطاعات^(١) اذ كان لهذا العهد من القواعد المرعية ما يجعل أن تفاضل الاراضى ازاء بعضها البعض بنسبة ما يتفاضل اصحابها في الجاه والمركز الاجتماعى . وكان من شأن من يضع يده على اراض خاصة أن يكون له حق السيادة^(٢) على اراض أخرى بما يبيح له أن يتقاضى من واضعى اليد على هذه الاراضى الاخيرة جملاً^(٣) يتم عن معنى الاتصال بالخضوع الى من يتولى الجمل ويتملكه . وقد قضت الثورة الفرنسية على هذه الامتيازات الممقوتة . وأصبح للأفراد أن يتراضوا كما يشاؤون من تقرير حقوق ارتفاق على اراضى بعضهم البعض بشرط أن لا يترتب على ذلك سوى مجرد نتائج اقتصادية . وأصبحت المساواة في الشئون السياسية والمساواة في الاحوال المدنية بعيدة عن أن تكون محلاً للالتزام من طريق التعاقد عليها بين الافراد لما في ذلك من مخالفة للنظام العام وهو ما تحظره المادة الاولى من لائحة انشاء المحاكم الاهلية والمادة ٦ من القانون المدنى الفرنسى والمادة ٦٣٨ منه

ب - القيد الثانى

النظام العام

٢٩٠ — هذا القيد الثانى مؤيد بالقيد الاول وبالمادة ٢٨ من لائحة انشاء المحاكم الاهلية كما ذكرنا . وقد سبق لنا أن رأينا أن التعاقد على ما يخالف النظام بالنسبة للملكية تعاقد غير صحيح فيما يتعلق بشرط عدم التصرف فى الارض^(٤) . فاذا صح هذا الخطر فانه يصبح أيضاً فيما اذا نظرنا اليه باعتباره حق ارتفاق منصب على الارض بطريقة دائمة .

ج - التقييم الثالث

لا يقرر الارتفاق

في مصلحة الشخص أو ضده .

٢٩١ - ان ما أرادته المادة ٦٨٦ فقرة أولى فرنسى ، مع انه تكرر تقريباً للمادة ٦٣٨ مدنى فرنسى، في أن الارتفاق لا يتقرر لمصلحة شخص ضد شخص ، هو أن يباح للأفراد أن يتعاقدوا على ما فيه اعادة هذه الامتيازات التى كانت معروفة في عهد الاشراف ، على صورة ارتفاق . وكان يقوم بمبء هذه الامتيازات أفراد ارضاء لشهوات بعض الاشراف اكثر من مراعاة حاجات الاراضى بالذات ^(١)

هذا هو المعنى السياسى المقصود من المادة ٦٨٦ فرنسى

وهناك معنى آخر لهذه المادة وهو معناها القانونى والاقتصادى وفيه تبين حقيقة حق الارتفاق . ذلك ان هذه المادة تقيد ايضاً أن التكليف الخالد لا يتقرر على المقار الا اذا كان خالياً من كل اعتبار شخصى للشخص بالذات وهو شخص صاحب العقار المحمل بالارتفاق . ذلك لان التعاقد الشخصى بين الافراد انما هو تعاقد يخضع للاحكام العامة الخاصة بنظرية الالتزامات . ومن أخص خصائص الالتزام الشخصى المتولد عن عقد بين شخصين أن لا يكون مؤبداً بل يجب أن يكون معقوداً بوقت معين

ومعنى ذلك : (١) أن حق الارتفاق لا يتقرر الا في مصلحة عقار . (٢) ويتقرر التكليف على أرض ولا يلتزم به شخص . وبيان ذلك ما يأتى :

(١) ولهذا السبب استخدم واضعوا القانون الفرنسى عبارة Services fonciers (أى خدمة للمقار للمقار) بدلا من Servitude حتى يقضوا بذلك على آثار ذلك العهد المنصرم

§ ١ - حق الارتفاق

يجب أن يتقرر لمصلحة عقار

٢٩٢ - وليس معنى هذا أن صاحب العقار المرتفق لا يستفيد من فوائد الارتفاق والا كان في ذلك تصريف للقاعدة على غير معناها وما تريده لأن المالكين للعقار المرتفق إنما يستفيدون من الارتفاق مع توالى أيديهم على العقار الواحد بعد الآخر ولأن الارتفاق من طريق آخر لا يتقرر لمجرد تحسين العقار وزينته^(١) إنما يتقرر لمنفعته ولمنفعته ليس الا^(٢) وربما جرى الرومان على هذا الاعتبار كما جرى عليه الآن القانون الألماني (المادة ١٠١٩) وعلى ذلك يكون المقصود من هذا القيد أن التكاليف المقررة على العقار المرتفق به يجب أن يكون بحيث لا يمكن لغير مالك العقار المرتفق أن يستفيد منه ولمالك العقار فقط باعتباره مالكا . وهذا هو المستفاد من أحكام القضاء كما سيحيى :

- ١ - لا محل للشك في أنه لا يجوز للمستأجر لبنت أو لأرض أن يقرر على العقار المؤجر له ارتفاقا لمصلحة العقار المجاور . ذلك لأنه لو فعل ذلك فأما يفعله باعتباره متصلا بحقه الشخصي المؤقت فله أن يتفق مع جاره على أن هذا الأخير يمر بعقاره . ولكن يجب أن ينقضى حق المرور هذا المؤقت باتقضاء عقد الإيجار .
- ٢ - وإذا فرض بأن بائنا لأرض اشترط على المشتري بأن يبني بها حائنا وأن يستورد أنواع المشروبات بطريقة دائمة من أشخاص يعينهم البائع بالذات إذا فرض ذلك وجب اعتبار هذا الالتزام الناشئ عن عقد البيع التزاما باطلا لأن هذا الالتزام عبارة عن تكليف دائم مقرر على عقار لمصلحة شخص لا لمصلحة عقار^(٣)

- ٣ - يقع كثيرا في حالات عدة أن الارتفاق بدلا من أن ينصرف إلى

زيادة قيمة العقار المرتفق فانه ينصرف في الحقيقة الى القيام بقضاء الحاجات المنزلية لشخص معين أو لاسرة معينة أو لاي عمل معين . مثال ذلك

١. — اذا اشترط بائع وابور طحين (طاحونة) على المشتري بأن له الحق في أن يطحن بطريقة دائمة ولغير وقت معين بالطاحونة المبيعة دون مقابل يدفعه للمشتري قمحه اللازم لاسرته ، جاز اعتبار هذا العقد صحيحاً باعتباره تعاقداً على تقرير ارتفاق^(١) على أن القضاء الفرنسي اللاحق لهذا القضاء^(٢) رأى بالعكس أن مثل هذا الشرط لم يخرج عن كونه تعهداً مقررأ لفائدة أشخاص ولكنه محظور بالمادة ٦٨٦ مدني فرنسي لان الحق في الطحن لم يكن متصلاً ، من جهة البائع ، بعقار معين ، أي انه وجد العقار المرتفق به ولكن لم يوجد العقار المرتفق^(٣)

ب. — وكذلك الرأي أيضاً بالنسبة لبائع أرض بما عليها من المعصرة المنشأة بها وقد احتفظ البائع بحقه في أن يعصر بها بطريقة دائمة ولغير وقت معين أنواع الاثمار التي يأتي بها اليها من أي أرض يزيد ومهما كانت مقاديرها . وقال في ذلك القضاء الفرنسي بأنه لا يجوز للبائع الاحتفاظ بهذا الحق باعتباره حق ارتفاق^(٤)

٤. — وفيما سيأتى من الامثلة القضائية الخاصة بالتكاليف المقررة في مصلحة الصناعة أو محل تجارى أو أي محل تجارى آخر معد للاستغلال ، فان القضاء الفرنسي قد تناقض مع نفسه

ذلك انه تارة يقول بأن التكاليف المذكور لا يعتبر ارتفاقاً . قال ذلك في حالة تقرر فيها لمالك زراعة صنف عش الغراب^(٥) الحق في أن يأخذ الاراضى اللازمة لزراعته في محجر مجاور لمزرعته^(٦) وقاله ايضاً بشأن التكاليف المحمل به عقار مبيع ، في أنه لا يجوز للمشتري أن يورد اللازم للمحل التجارى الذى يظهر فيما بعد أنه

(١) Stipulation de servitude د ١٠٨ ، ١ ، ٧٥ ، س — ٣٧٢ ، ١ ، ٧٥ ، د

(٢) د ١٨٥ ، ٢ ، ٩١ ، مقال Dupuich (٣) كاتان ص ٨٣٩

(٤) د ٢٧٩ ، ١ ، ٩٠٨ ، س — ٥١١ ، ١ ، ٩٠٨ ، س — ١٣٤ ، ٢ ، ٩١٠ ، س

(٥) Champignons (٦) د ١١٨ ، ١ ، ٩٥ ، س — ٥٣٢١ ، ٩٨ ، س

يزاحم المحل المملوك للبائع^(١) وقاله في الشرط المأخوذ على مشتري الارض في أن لا يبني بها فندقاً^(٢) وقال أخيراً بشأن الشرط المأخوذ على المشتري لقطعة أرض من ضمن انقطع الجزء^(٣) بأن لا يبني بها مطلقاً وبطريقة دائمة محلاً خطراً أو مقلقاً أو مضراً بالصحة^(٤)

ونارة يقول القضاء الفرنسي بعكس ما تقدم أى يقول بأن هذا التكليف يمتد بتكليف أعينياً أى ارتفاقاً صحيحاً مقررأ بطريقة دائمة غير معقودة زمن معين. قال ذلك في حالة ما اذا اشترط مالك مصنع زجاج^(٥) في أن يأخذ من منجم مجاور له الفحم اللازم لمصنعه^(٦) وقاله في حالة ما اذا اشترط البائع على المشتري لعقار مجاور لكنيسة قد بنيت بالاكتتاب من الافراد أن لا يعمل بهذا العقار مراقص خاصة أو عامة^(٧) وقاله في حالة بيع صادر من شركة المناجم وخاص ببيع الارض الموجودة فوق سطح المناجم في أن المشتري وكل مشتري آخر من هؤلاء المشتريين يمنع من حق المطالبة بتعويض ما بسبب الضرر الذي يمكن أن يلحقهم من جراء استغلال المناجم استغلالاً عادياً ومنتظماً^(٨)

وربما كانت حقيقة التعارض في هذه الاحكام وتناقضها لبعضها البعض إنما ترجع لظروف كل دعوى على حدة . والقاعدة الاصلية التي يجب الأخذ بها في هذه الحالات المختلفة هو أنه يجب التمييز بين حالتين مختلفتين كل الاختلاف . ذلك أنه اذا تبين أن التكليف الذي ارتبط به المشتري ينم عن التزام شخصي، أو أن التكليف عبارة عن حق ارتفاق عيني مقرر بطريقة دائمة على العقار المبيع، فإنه يجب البحث دائماً فيما اذا كان هذا التكليف قد تقرر لمصلحة الصناعة أو لاي محل آخر يقوم بالاستغلال ، باعتبار أن هذا التكليف منزول بنفسه عن العقار المحمل به الآن ،

(١) د ، ١٨٨ ، ١ ، ٥١ ، س — ٥٩٩ ، ١ ، ٥١ ، س

(٢) ٤٦٠ ، ١ ، ٩٠٨ — س ، ٢٦٢ ، ١ ، ٩٠٩ Lotissement (٣)

(٤) محكمة بروكسيل في أول مارس سنة ٩٠٩ ، س ، ٩٠٩ ، ٤ ، ١٥ — راجع المقود

للإلالي بك ص ٣٨٦ الهامش ٦ Verrerie (٥)

(٦) د ، ٤٥٠ ، ١ ، ٩٠١ — س ، ١٦٩ ، ١ ، ٩٠١ (٧) د ، ١٣٠ ، ٢ ، ٩٠٤

(٨) د ، ٣٦١ ، ١ ، ٩٠٠ — بالندكت ٢٤١ ، ١ ، ٩٠٠ ومقال Gény

أو أن التكليف على العكس مما تقدم يجب أن يرمى الى الزيادة من قيمة عقار معين زيادة اقتصادية بنسبة ما يعود عليه من الفائدة على ما يقوم به من الصناعة ، ان كان محلا صناعياً ، أو من التجارة ان كان محلا تجارياً أو أى استغلال آخر . ففي الحالة الاولى يعتبر أن هناك مجرد التزام شخصى . وفي الحالة الثانية يعتبر أن هناك ارتفاقاً . والمسئلة موضوعية ترجع لطروف كل دعوى وللقاضى فى تقديرها سلطان واسع^(١)

٢٩٣ - وعلى ذلك وما دام ان محل الارتفاق^(٢) فائدة^(٣) أو مصلحة^(٤) العقار المرتفق فان العاقدين أحرار فى تقرير حق الارتفاق . انما تحد ارادتهم وتقيده وترتفع عنهم حرية التعاقد اذا اتفقوا على ما يخالف كيان حق الارتفاق ذلك الكيان الذى يرجع الى جعل حق الارتفاق حقاً مقررأ لعقار على عقار^(٥)

وتطبيقاً لهذه القواعد المتقدمة لا يجوز الاتفاق على التزام صاحب العقار المرتفق به ان يقوم بعمل بمثابة ارتفاق فى مصلحة صاحب العقار المرتفق . ذلك لان حق الارتفاق بالنسبة لصاحب العقار المرتفق به حق سلبى . اذ يلتزم جانب السكوت ويترك أمر الانتفاع بحق الارتفاق لصاحب العقار المرتفق ، ولا يعمل شيئاً من جانبه هو^(٦)

ولكن لما كان للجوار بين الجيران من الشؤون اللازمة لما تدعوه حالة الجوار فانه يجوز لهم الاتفاق فيما بينهم على ان يقوم الجار منهم بأجراء حصل مابين فى مصلحة الجار الآخر ، لا باعتبار ذلك حق ارتفاق ، بل باعتباره التزاماً شخصياً بمحتا^(٧) والفرق ظاهر بين حق الارتفاق والالتزام الشخصى . اذ الاول عينى عقارى يتصل اتصالاً دائماً بالعقار المرتفق به بصرف النظر عن تغير الايدى على العقار بالتصرف أو الارث . وأما الثانى وهو الالتزام الشخصى فهو على خلافه . اذ

(١) كولين وكابنان ج ١ ص ٨٤٠

Avouage (٤)

Utilité (٣) Object (٢)

(٦) دى هلس ج ٤ ص ٢٠٠ ن ٢٩

(٥) دى هلس ج ٤ ص ١٩٩ ن ٢٨

(٧) دى هلس ج ٤ ص ٢٠٠ ن ٣٠

لا ينتقل هذا الالتزام الى مشتري العقار المرتفق به ، ولا الى مشتري العقار المرتفق
أى ان الالتزام هنا شخصى محض لا عينى . أى التزام بين شخصين لمصلحة
شخصين لا لمصلحة عقارين

وعلى ذلك يجوز للمالك ان يتفق مع جيرانه على ان يزرعوا جزء من أراضيهم
قصباً لتوريده بمعمل السكر الذى يملكه . وينحصر موضوع هذا الالتزام فى ان
الجيران يقومون بتغذية معمل السكر بالقصب الذى يزرعونه بأن يوردوه له
هذا الالتزام لا يعتبر مطلقاً حق ارتفاق ، حتى ولو سماه العاقدون حق ارتفاق
بل يعتبر التزاماً شخصياً لا يتعدى أشخاص الملتزمين به ، ولا ينتقل هذا الالتزام
مع انتقال أرض الجيران فيما اذا تصرف فيها هؤلاء الآخرون بالبيع أو الهبة ، أو
انتقلت منهم بالارث . أى ان هذا الالتزام لا تتحمل به أراضى الجيران ، بل
هؤلاء الآخرون هم الذين يتحملون به بالذات . أى هو التزام شخصى لا ينصب
على عقار وليست له صفة غيلية . وجزاء عدم الوفاء به تعويض من المحاكم^(١)

على انه يجوز للجيران ان يتفقوا هذه المرة على تقرير حق ارتفاق أى تقرير
حق عينى يلزم الارض لزوم الظل للشبح . فلمهم الاتفاق على ان الجار يلتزم بأن
لا يزرع أنواعاً معينة من النباتات الا بعد ترك مسافة معينة من أرضه ، فيما اذا
خيف مثلاً من هذه النباتات ان تتولد فيها ديدان تؤذى زراعة القطن المزروع
بأرض الجار الذى يشترط هذا الشرط لمصلحته . مثل هذا الاتفاق لا يعتبر التزاماً
شخصياً إنما يعتبر اتفاقاً على تقرير حق ارتفاق حتى ولو كان معقوداً بزمان معين ،
لان دوام الارتفاق لا يعتبر فى ذاته شرطاً لازماً لوجوده^(٢) وكذلك الحال أيضاً فيما
اذا انصرف الاتفاق الى التزام الجار بأن لا يبنى الا بارتفاع معين ويقدر معين
ومسافات معينة ، ولو كان الغرض من ذلك منصرفاً الى مجرد تحسين حالة الاراضى
الآخرى المجاورة المرتفقة ، فان ذلك يعتبر حق ارتفاق صحيحاً قانوناً^(٣) وعلى ذلك

(١) دى هلس ج ٤ ص ٢٠٠ ن ٣٠ (٢) دى هلس ج ٤ ص ٢٠٠ — ٢٠١ ن ٣١

(٣) دى هلس ج ٤ ص ٢٠١ ن ٣١

يعتبر صحيحاً وحقاً ارتفاقياً قانونياً ، ذلك الشرط الذي تشترطه شركة أراضي الجزيرة ^(١) ، وهي أراضي الزمالك ، على الملاك من الشروط الخاصة من حيث تقييد ارتفاع البناء وعدم تعدي البناء نسبة مقررة في الأرض ومن ضرورة مراعاة قيود صحية خاصة فيما يتعلق بالوجهة الصحية ، والحظر على تخصيص البناء لهماوى أو ملاء أو محلات تجارية . اذ تعتبر هذه المحظورات تكاليف عينية تتحمل بها الأرض المبيعة باعتبارها عقاراً مرتفقاً به في مصلحة العقارات الأخرى باعتبارها مرتفعة . وعلى ذلك تصبح هذه القيود عالقة بالأرض لا تقرر عنها مهما توالى الأيدي المالكة لها . ويجوز لكل مالك بالمنطقة حق الاستفادة من هذه المحظورات ، باعتبار أن الشركة عند ما باعت اشترطت هذه الشروط لمصلحة الآخرين بالنيابة عنهم أى تعاقدت للغير . ويؤخذ في هذه الحالة بنظرية التعاقد للغير ^(٢)

§ ٢ - يجب ان يتقرر الارتفاق

على أرض لا على شخص

٢٩٤ - ومعنى ذلك أن الإنسان لا يحمل بالتزامات خاصة لمجرد أنه أصبح مالكا لعقار معين ، ويصرف جزء من مجهوداته في سبيل ارضاء شهوات جاره . نعم قد يجوز أن يتعهد الشخص بأن يقوم بعمل لاخير بأن يكون مستأجراً للغير وبذلك يصبح ملتزماً بالوفاء بما اشتغلت به ذمته باعتباره مديناً والمؤجر دائناً له . ولكن هذا الالتزام الشخصى المحض التزام مؤقت بأصله وطبيعته ولا يجوز أن يكون الى الأبد (المادة ٤٠٢ / ٤٩٠ مدنى و ١٧٨٠ فرنسى) وعلى ذلك ان حظر

(١) Cuézireh Land (٢) Stipulation pour autrui . — الالتزامات

من ١٨٥ ن ١٩٥ و من ١٧٧ ن ١٨٧

اختلاف القضاء الفرنسى بشأن حق الصيد والغنص يمثل ما اختلف في المسائل السابقة . على أنه يجب الرجوع في جميع الأحوال الى هذه القاعدة العامة الأخيرة التي تقررت بشأن ضرورة التفرقة بين ما اذا كان التكليف يقصد به خدمة العقار بالذات أو خدمة الشخص . فان كان الاول اعتبر ارتفاعاً ، وان كان الثانى اعتبر التزاماً شخصياً

على المستأجر العامل أن يتعهد على نفسه للأبد فن باب أن لا يلزم ورثته بهذا التعهد من بعده ارضاء للدائن وورثة هذا الدائن. واذا تعهد شخص بأن يزرع أرض جاره فلا يجوز أن ينصرف التعهد أيضاً الى الابد لنفس السبب المتقدم. ولا يخرج تعهده هذا الموقت عن كونه التزاماً على نفسه لا ارتفاقاً على نفسه لارض جاره. واذا ابتاعت بلدية أرضاً لتنشئ بها مغزلاً للأقمشة التيلية وتعهدت للبائع بأن لا تبني بالارض المبيعة محلاً تجارياً مشابهاً وجاوراً للحل الذي يملكه البائع، قرر القضاء في ذلك بأن هذا التعهد لا يعتبر ارتفاقاً^(١) وعلى ذلك فهو تعهد غير صحيح

هذا ويحصل أن صاحب العقار المرتفق به قد يتعهد بالقيام ببعض الاعمال التي يكون من شأنها تسهيل الانتفاع بحق الارتفاق على مالك العقار المرتفق، كأن يلتزم مثلاً بالمعد الذي يتقرر به حق الارتفاق بأن يطهر التربة المارة في أرضه من ماله (المادة ٦٩٩ فرنسى). وهذا الالتزام نتيجة اتفاق وتراض بين المالكين وهو تراض تابع لحق الارتفاق. ويترتب عليه أن يظل هذا الالتزام قائماً بطريقة دائمة يلتزم به صاحب العقار المرتفق به ومن يأتي بعده ممن يتولون الملكية عنه ورثة كانوا أو مشتريين أو غيرهم. أى يعتبر هذا الالتزام تكليفاً عينياً^(٢)

ويترتب على هذا الاعتبار نتيجتان :

أولاً — ما دام أن مالك العقار المرتفق به ملتزم بسبب المقار الذي يملكه^(٣) فإذا أراد أن يتخلى عن هذا الالتزام فما عليه الا أن يترك العقار المرتفق به بعضاً أو كلا الى صاحب العقار المرتفق (المادة ٦٩٩ فرنسى). وربما يكتفى بترك الجزء المحمل بالارتفاق. وبذا يتحرر مما التزم به^(٤)

ثانياً — اذا مات صاحب العقار المرتفق به فلا ينتقل التزامه المتقدم الخاص بالقيام بما فيه صيانة الارتفاق وحفظه الى ورثته. بل لا يلزم بهذا الالتزام الا من وقع المقار في يده دون غيره، حتى ولو كان ذلك بالقسمة^(٥)

(١) ١٣٠، ١، ٩٠١، س — ٣٢٤، ١، ٩٨، د (٢) Charge réelle

(٣) Propter rem (٤) ٣٦٥، ١، ٩٠٨، د (٥) كولن وكابنان ج ١ ص ٨٤٢

أما المادة الفرنسية هذه التي أباحت جواز الاتفاق بالعقد المقرر للارتفاق على أن يقوم صاحب العقار المرتفق به بصيانة الارتفاق من ماله، وأنه يجوز له في أى وقت ترك عقاره كلاً أو بعضاً فيما تحمل به من الارتفاق لصاحب العقار المرتفق، هذه المادة لا تمثل لها بالقانون المصرى فهل يؤخذ بها في شعارها؟ نقول بصحة الأخذ بالطرف الاول لانه لم يخرج عن كونه مجرد التزام ناشئ عن تعاقد. نعم ولو أن الالتزام من أصله يجب أن يكون مؤقتاً إلا أن هذا الالتزام تكليف عيني تابع للارتفاق فيبقى ببقائه ويزول بزواله. وعلينا أنه لا ينفذ على العين إلا بالتسجيل. ولكن هل لا ينفذ على الملتزم به إلا بالتسجيل أيضاً أخذاً بقانون ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣؟ أو بمعنى آخر هل هذا الالتزام حق عيني عقارى باعتباره تابعاً للارتفاق أم أنه يظل في جوهره التزاماً شخصياً لا يخضع لاحكام التسجيل؟ الذى نقول به أن هذا الالتزام فى أصله شخصى فهو ملزم لصاحب العقار المرتفق به بلا تسجيل. انما مع اعتباره كذلك فهو لا ينفذ على العين باعتباره متصلًا بالعقار المرتفق به وتابعاً للارتفاق نفسه إلا بالتسجيل. ولا يخلو الحال هنا عن واحد من اثنين: أما أن العقد المقرر للارتفاق قد اشتمل أيضاً على هذا الالتزام. وفى هذه الحالة لا ينفذ العقد باعتباره متعلقاً بحق عيني بين العاقدين إلا بالتسجيل. ومن باب أولى لا ينفذ على العين إلا بالتسجيل أيضاً. واما أن الالتزام هذا حمل بعقد على حدة بعد العقد الاول. وفى هذه الحالة ينفذ العقد التبعي هذا على طرفيه لانه لم يكن مقررًا لحق عيني وهو الارتفاق حيث تقرر من قبل بعقد انشائه. ولكنه لا ينفذ على العين إلا بالتسجيل لانه تابع للارتفاق ولكن أليس يلاحظ هنا أنه من الغريب أن يعتبر الحق الواحد شخصياً بالنسبة للملتزم وعينياً عقارياً بالنسبة للغير؟ وكيف يمكن أن يكون الحق شخصياً وعينياً عقارياً فى آن واحد؟ ربما تزول الغرابة اذا اعتبرنا شخصية الحق من جهة التزام الملتزم بتمهيد خاص من جانبه واعتبرنا عينية الحق وعقاريته من جهة أن هذا الالتزام قد انصب على العقار بالذات مع بقاء اتصاله بالملتزم ولشخصه

هذا بالنسبة لاشطر الاول للمادة ٦٩٩ فرنسى . وأما بالنسبة لاشطر الثانى فى التجوين لصاحب العقار المرتفق به بالتخلى عن عقاره لصاحب العقار المرتفق فانا لانستطيع الاخذ به لانه استثناء للقاعدة العامة . اذ الملتزم مكره على ضرورة الوفاء بالتزامه . ولا يصح اغفاؤه من الوفاء الا بنص قانون لاشبهة فيه . وحيث لانص فلا اغفاء . وعلى ذلك اذا حصل التعاقد بين الجارين على قيام الجار المحمل عقاره بالارتفاق بمصاريف صيانة هذا الارتفاق فلا تبرأ ذمته بترك عقاره كلا أو بعضاً بل يبقى الالتزام عالقاً بذمته حتى تبرأ منه هذه باحدى وسائل ابراء الذمة المعروفة قانوناً بالوفاء أو بالتقادم أو بغير ذلك

(٤) فى أنواع حقوق الارتفاق

٢٩٥ — اذا استحال تعيين اشكال الارتفاق لكثرة أنواعها كما قلنا ، فانه يجوز مع ذلك تقسيمها بوجه عام الى ما يأتى :

أولاً : — الارتفاقات الطبيعية ^(١) والمقررة قانوناً ^(٢) والمقررة بفعل الإنسان ^(٣) : قالت المادة ٦٣٩ فرنسى بهذا التقسيم وهو تقسيم عام يجب الاخذ به هنا أيضاً . وقد لاحظنا عند ما شرحنا الملكية أن النوعين الاولين لا يعتبران فى الحقيقة ارتفاعاً انما يعتبران قيوداً قانونية لحق الملكية ^(٤) . وأما النوع الثالث وهو الخاص بالارتفاق المقرر بفعل الانسان فانه ربما اعتبر هو وحده دون غيره ارتفاعاً حقيقياً كما يقول بذلك « كولين وكابتان » ^(٥) أى جزأ من حق الملكية وشطراً منها ^(٦) ، أى تميزاً للملكية ولكنها تميزاً مشوهة لها ، وأن السبب فى ذلك انما هو الجوار واتصال الجيران ببعضهم البعض

ويدخل فى هذا النوع « الارتفاق المقرر بمعرفة رب الاسرة » ونظراً لأهميته سنفرد له فصلاً خاصاً

Serv. légales (٢)	Servitudes naturelles (١)
Restrictions légales (٤)	Serv. du fait de l'homme (٣)]
Démembrement (٦)	(٥) ج ١ ص ٨٤٣

أانيا . الارتقاقات الخاصة بالابنية ^(١)، والخاصة بالاراضى الخلوية ^(٢) . قالت به المادة ٦٨٧ وهو تقسيم عام مأخوذ عن الرومان وكانت له أهمية معروفة لانهم كانوا يلحقون الارتقاقات الخلوية الخاصة بالاراضى الايطالية بطائفة الاموال النفيسة ^(٣) أى الاموال التى كانت تلعب فى أزمانهم دوراً هاماً، من حيث الحركة الاقتصادية المعروفة عندهم ، والتى كان يعنى بها القانون عناية خاصة ^(٤)

ثانياً — الارتقاقات المستمرة ^(٥) وغير المستمرة ^(٦) : قالت به المادة ٦٨٨ فرنسى وقولها عام مأخوذ به هنا . والارتفاق المستمر ليس هو الارتفاق الذى تستمر فيه بطريقة مطردة مظاهر الارتفاق منفعة ^(٧) وعملاً ^(٨) ، بل هو ما كان فيه الاستعمال ^(٩) قائماً بطريقة مستمرة أو بطريقة يمكن أن يعتبر فيها مستمراً أيضاً دون أن يكون فى حاجة الى أن يتم عليه عمل معين حاضر للانسان ^(١٠) مثال ذلك ، كما تقول المادة ٦٨٨ فرنسى ، مواسير المياه ^(١١) والمجارى ^(١٢) والمطلات ^(١٣) وأما الارتفاق غير المستمر فهو ارتفاق لا يبد للاستفادة منه من القيام بعمل حاضر للانسان ومن المحتم أن يكون هذا العمل متقطعاً ^(١٤) . مثال ذلك كما تقول المادة ٦٨٨ فرنسى بحكم عام حق المرور ^(١٥) وغيره

وهناك بعض ارتقاقات ذات خصائص خاصة ترجع للظروف المحيطة بها ، كحق الارتفاق الخاص بالمجرى ^(١٦) أو بسيل المياه ^(١٧) . فإذا كانت المياه مياه أمطار اعتبر حق الارتفاق مستمراً لان المياه تسيل دون الحاجة الى عمل ما للانسان . وأما اذا كانت المياه مياهاً متخلفة عن المنازل أو المصانع أو غيرها ^(١٨) فانها على العكس

- | | | |
|---------------------|---------------------------------------|------------------------|
| Res mancipi (٣) | Serv. rurales (٢) | Serv. urbaines (١) |
| Serv. continues (٥) | ٢ راجع مذكراتنا فى القانون الرومانى ج | |
| Exercice (٨) | Utilité (٧) | Serv. discontinues (٦) |
| ٣٥ ن ٢٠٢ ج ٤ من | ٨٤٣ — دى هلس ج | Usage (٩) |
| Vues (١٣) | Égouts (١٢) | Conduites d'eau (١١) |
| Serv. d'égout (١٦) | Dr. de passage (١٥) | Intermittent (١٤) |
| Eaux menageres (١٨) | Serv. d'écoulements des eaes (١٧) | |

من ذلك تعتبر غير مستمرة^(١) لأن الارتفاع بمسيل هذا النوع من المياه لا بد فيه من حمل الانسان بطريقة مطردة^(٢)

رابعا - الارتفاقات الظاهرة^(٣) وغير الظاهرة^(٤) : قالت بهذا التقسيم العام المادة ٦٨٩ فرنسى . فالاولى ما نمت عليها في الخارج اعمال ظاهرة مرئية كالقناة المبنية لسيل المياه^(٥) والشبايك والابواب والمنفذ الضيق المرصوف بالاحجار^(٦) . والارتفاع غير الظاهر هو ما كان على عكس ما تقدم لم ينم عليه في الخارج حمل ظاهر مرئي للعيان . كحق الارتفاع الخاص بالتمهد بدم البناء ، أو بالتمهد بالبناء لارتفاع معين . ويحصل أحيانا أن يكون الارتفاع جامعا بين صفى الظهور وعدم الظهور ، كما يقع ذلك في الارتفاع الخاص بالمرور . اذ يعتبر غير ظاهر اذا حصل المرور باختراق الفيضان . ويعتبر ظاهرا اذا دل عليه باب مفتوح أو نم عنه منفذ ضيق مرصوف بالحجارة^(٧)

وسنرى اهمية هذا التقسيم عند ما نتكلم فيما بعد على كيفية اكتساب أو زوال هذه الارتفاعات المختلفة بضى الزمن أى بالتقادم ، من طريق الارتفاع بها أو عدم الاستعمال

فأما : الارتفاقات الموجبة^(٨) والارتفاعات السالبة^(٩) : لم يأت بهانص بالقانون الفرنسى ولا القانون المصرى . فالموجب منها ما تعلق بعمل يقوم به صاحب العقار المرتفق على العقار المرتفق به ، كحق المرور . والسالب ما انتفع فيه الشخص بامتناع صاحب العقار المرتفق به عن القيام بعمل ، كالتمهد بعدم البناء . ويلاحظ أن الارتفاعات السالبة تعتبر ظاهرة وغير مستمرة

(١) وتسمى Serv. d'évier ومعنى أى قناة صغيرة لسيل مياه المطابخ

(٢) د ، ١٠٧٦ ، ١٠٤ ، ٥٠٤ — س ، ٧٧ ، ١ ، ٧٤ كابتان ص ٨٤٣

(٣) Serv. apparentes (٤) Serv. non apparentes

(٥) Aqueduc (٦) Sentier empierré (٧) كابتان ص ٨٤٣ .

(٨) Serv. positives (٩) Serv. négatives

في حق الارتفاق المقرر بمعرفة رب الأسرة

٢٩٦ — حق الارتفاق المقرر بمعرفة رب الأسرة ^(١) هو ذلك الحق الذي يقرره مالك واحد لعقارين متلاصقين بحيث اذا امتلكهما مالكان مختلفان اعتبر حق ارتفاق صحيح . أو هو ذلك الحق الذي يقرره مالك واحد على جزءين مكوّنين لعقار واحد ، حتى اذا ما ملكهما شخصان مختلفان بأن ملك كل منهما جزءاً من الجزءين ، اعتبر هذا الحق حق ارتفاق صحيح أيضاً . وفي الحالتين لا يعتبر الحق قبل تملك العقارين أو جزءى العقار الواحد للمالكين مختلفين حق ارتفاق لانه « لا يجوز أن يكون للانسان حق ارتفاق على عقاره » ^(٢) ولكن اذا امتلكهما مالكان اعتبر الحق حق ارتفاق صحيح

مثال ذلك : الحالة الاولى . رجل يملك أرضاً زراعية وجعل الجزء الشرقى منها يروى بواسطة الجزء الغربى . ومات فورثه ولدان له . فن وقع الجزء الغربى بنصيبه اصبح ملزماً باحترام حق الشرب المقرر من قبل . وأصبح حق الشرب هذا حقاً ارتفاقياً مقرراً لصاحب الارض الشرقية

الحالة الثانية : رجل يملك منزلين متجاورين جعل للاول منهما منافذ تطل على رحبة خاصة بالبيت الثانى . ثم باع المنزلين لمشتريين مختلفين فيصبح مشتري المنزل الاول فى حل من الانتفاع بالمنافذ المطلة على المنزل الثانى دون أن يستطيع مشتري المنزل الثانى الاحتجاج على الاول

والعلة فى وجود حق الارتفاق قائماً بعد بيع العقار لمشتريين مختلفين هى أن المشتريين وجدا العقارين بحالة خاصة عند شرائهما لها دون أن يبدى أى واحد منهما رغبة فى ادخال أى تعديل ما على تلك الحالة . وعلى ذلك نرى أن العلة الصحيحة فى وجود حق الارتفاق لا ترجع فى الحقيقة الى عمل رب العقارين قبل بيعه لهما ، انما ترجع الى رغبة المشتريين فى انهما رضيا أن يشتريا العقارين بالحالة التى

كان العقاران عليها وقت الشراء . أى العلة في حق الارتفاق هي التراضي الضمني للمشتريين ^(١) وهذه الحالة المقررة للعقار على العقار في يد المالك الواحد لا تعتبر حق ارتفاق خاضع للتسجيل، ذلك لانه حق مستور ولان التسجيل يستدعي حتما الكتابة ، ولا محل للكتابة في هذه الحالة مادام العقاران مملوكين لمالك واحد ^(٢)

في شروط هذا المحور : الشروط اللازمة للاخذ بحالة كان عليها عقاران مملوكين لمالك واحد باعتبارها حق ارتفاق فيما بعد اذا ملكهما مالكان مختلفان هي :

الشرط الاول : يجب أن يثبت أن العقارين المنفصلين الآن كانا مملوكين لمالك واحد (المادة ٦٩٣ مدني فرنسي وحكمها عام . ونصها ما يأتي : « لا يعتبر ان هناك حق ارتفاق بعمل رب الاسرة الا اذا ثبت أن العقارين المنفصلين الآن كان يملكهما مالك واحد وانه هو الذي قرر لها تلك الحالة التي اعتبرت حق ارتفاق »)

الشرط الثاني : يجب أن يثبت أن حالة الارتفاق هذه هي التي أوجدها المالك الاصل (المادة ٦٩٣ المذكورة) أو أنه أيد هذه الحالة فيما اذا فرض واشترى هذا المالك العقارين من قبل وكان لاحدهما حق ارتفاق على الآخر . اذ في جميع هذه الاحوال يجب اعتبار هذه الحالة ، بمقتضى العقارين لمشتريين مختلفين ، حق ارتفاق بالمعنى الصحيح ، لانه هو الذي أوجد هذه الحالة أو أقرها بعد وجودها من قبل

الشرط الثالث : يجب أن يكون حق الارتفاق ظاهراً . والا اذا لم يكن ظاهراً فان الخفاء فيه يكون مدعاة لادخال الخدعة والنفس على الغير . وظهور الحق للمشتريين مما يؤكد ما قلناه بأن حقيقة حق الارتفاق هذا لا ترجع الى فعل المالك لهما من قبل ، بل الى التراضي الضمني للمشتريين وقت الشراء في انهما

(٢) محكمة أجين Agen في ٩ ابريل سنة ١٩٠٠ د ،

(١) كتابتان ص ١٧٩

١٩٠٧ ، ٢ ، ١٩٦

لم يريد ادخال أى تغيير ما على حالة العقارين المعروضين عليهما بحالة خاصة وقت الشراء

ويجب ملاحظة فوق ما تقدم ما يأتى أيضاً :

(١) يجب أن لا يستفاد من الظروف التى اكتنفت بيع العقارين منفصلين ما من شأنه أن يتعارض مع الحالة التى هى عليها العقار . أى يجب أن تكون ظروف الشراء مؤيدة للتراضى الضمنى للمشتريين فى مشتري العقارين بالحالة التى هى عليها . ويجب أن يكون هذا التراضى الضمنى مما يتفق مع الحالة الخاصة للعقارين مع ضرورة ملاحظة ظروف هذه الحالة الخاصة وكيف نشأت فى مناسبات معينة وعلى ذلك اذا فرض وكان المالك لمنزليين متلاصقين قد سكنهما معاً وفتح بالحائط المشتركة باباً يصل المنزلين ببعضهما البعض ، ثم باعهما لمشتريين مختلفين ، فلا يمكن فى هذه الحالة أن يقال بأن هناك حق ارتفاق موجوداً بمدحصول صفقتى الشراء ذلك لان الباب انما فتح لمناسبات خاصة لا تدرك الا فى حالة ما اذا كان المالك واحداً . وانه لا يمكن مطلقاً القول ببقاء الباب المشترك بعد بيع العقارين للمالكين مختلفين (١)

(٢) يشترط فيمن يشتري العقار المرتفق به أن يكون أهلاً لتقرير الارتفاق على عقاره لمصلحة الغير ، أى يكون أهلاً للتصرف فى العقارات (٢)

٢٩٦ مكرر — (١) — وماهى اذنه حقوق الارتفاق المقررة بمعرفة

رب الأسرة ؟ — يظهر لنا مما تقدم أن حقوق الارتفاق هذه هى الحقوق الظاهرة سواء كانت ظاهرة متقطعة كحق المرور فى طريق مرصوف أو كانت ظاهرة مستمرة كحق النظر من نافذة . ولا يمكن أن يتقرر حق الارتفاق بين المشتريين المختلفين الا اذا كان كل منهما يعلم من قبل بوجود هذه الحالة وقت

(١) د ، ٧٨ ، ١ ، ٦٩ — س ، ٧٦ ، ١ ، ٢٠٤ — انظر تعليقاً هاماً لبواستيل Boistel على حكم دائرة الرائض الفرنسية فى ١٠ نوفمبر سنة ٩٧ ، س ، ٩٠٠ ، ١ ، ٣١٠ — د ، ٩٨ ، ١ ، ١٧٧ فى حالة نزاع الملكية للمنفعة العامة — كابتان ص ٩٨٠ (٢) وهذا هو رأى كابتان وكولين ص ٩٨٠

الشراء . والا اذا كانت هذه الحالة مستورة في عالم الخفاء ولا يعلم بها المشتريان فلا يكون هناك حق ارتفاق ما بعد الشراء ، لانهما يفاجئان وقتئذ بما لا يعلمانه من قبل . وفي ذلك تقرر المادة الفرنسية ٦٩٤ وحكمها عام ما يأتي : « اذا تصرف المالك للعقارين في أحدهما وكان يوجد بينهما من قبل ما يدل على حالة ارتفاق ظاهر ، وكان عقد تصرفه خلواً من أى شرط يتعلق بهذا الارتفاق الظاهر ، ظل هذا الارتفاق باقياً باعتباره موجباً بالنسبة للعقار المرتفق وباعتباره سالباً بالنسبة للعقار المرتفق به »

الا أنه قد لوحظ في القانون الفرنسى أن هذه المادة ٦٩٤ قد تعارضت مع المادة ٦٩٢ اذ قررت هذه الاخيرة قاعدة مختلفة للقاعدة السابقة حيث قالت ما يأتي : « ا ب تقرير رب الاسرة للحالة الخاصة بين العقارين يعتبر سنداً ^(١) في تقرير حقوق الارتفاق المستترة والظاهرة » وقد أثار هذا الاختلاف الحاصل بين هذين النصين ثائرة الشارحين والقضاء فأوسعوا له في مجالات إبحارهم مكاناً فسيحاً وأخذوا يتلمسون وسائل يعملون بها على التوفيق بين هذا التناقض الظاهر . وأسفرت هذه الجهود على مذهبين لا نرى بدا من الاشارة اليهما وهما مذهب القضاء البلجيكي ومذهب القضاء الفرنسى

٢٩٦ مكرر (٢) - مذهب القضاء البلجيكي : لكل نم من هذين النصين مجال تطبيق خاص به . ذلك أن المادة ٦٩٢ في اشتراط الظهور والاستمرار لحق الارتفاق في آن واحد انما أرادت بذلك أن تعالج حالة خاصة . وهذه الحالة هي تلك الحالة المتعلقة بالكييفية التي وجد عليها والتي قرردها بالذات نفس المالك الاصلى للعقارين . وأما المادة ٦٩٤ فانما تتعلق بحالة أخرى وهي كون المالك لم يقرر حالة الارتفاق من نفسه انما وجد حالة الارتفاق قائمة من قبل فأقرها . أى انه عند ما اشترى العقارين وجد بهما حالة ارتفاق فأبقاها بعد شرائه قائمة بينهما ولما أصبح مالكا للعقارين فقد زال حق الارتفاق بالجمع ^(٢) . ولكن تمود حالة الارتفاق

لظهور باعتبارها ارتفاعاً اذا تصرف في العقارين للمالكين مختلفين^(١) ويستند هذا الرأي الى صيغة المادة ٦٩٤ في قولها «ظل هذا الارتفاق باقياً» وهو قول لا بد وان ينصرف الى عقارين كانا منفصلين من قبل . ويستند أيضاً الى الاعمال التحضيرية للقانون الفرنسي^(٢)

ولكن يظهر أنه ليس من السهل الوقوف على السبب الصحيح في التفرقة بين النصين . ذلك لانه من الصعب أن يرى هناك مبرراً في أن الشارع يقسوفى الحالة الاولى دون الحالة الثانية . لان الذى يعمل عليه فى هذا الشأن ليس هو الفرض الذى كان يرمى اليه المالك وقت تقرير حالة الارتفاق الخاصة بين العقارين ، انما هو الفرض الذى يرمى اليه المالك وقت تقسيم العقارين ، أى وقت التصرف فى كل منهما على حدة

٢٩٦ مكرر (٣) — مذهب القضاء الفرنسي : يمتاز هذا المذهب عن السابق فى ميزات ثلاثة فى أنه معقول أكثر وانه مطابق لنص المادتين ٦٩٢ و ٦٩٤ مدنى فرنسى وأنه مطابق للتقاليد والعادات المقررة من قبل . ويقرر هذا المذهب بأن السبب الصحيح فى تقرير هذا النوع من الحقوق الارتفاقية انما هو ارادة المتعاقدين أى أن المشترين الذين وقت أن تعاقدوا مع المالك الاصلى أراد كل منهما شراء عقاره بالحالة التى وجده عليها وقت الشراء . أى رضيا بما كان عليه العقاران من قبل ، أى قبل شرائهما ، ولم يبديا ما من شأنه أن يرغبوا فى زوال هذه الحالة ، أو ما من شأنه أن يعتبرا هذه الحالة من حالات التسامح بين الجيران هذا التعليل لم يخرج عن كونه تعليلاً افتراضياً قد لا يتأيد أو يتأيد بالطرق الخاصة بكل واقعة على حدة . على انه يجب التمييز على كل حال بين فرضين مختلفين : أولاً . اما أن المشتري يستطيع تقديم العقد الخاص بفصل العقارين عن بعضهما البعض (أى عند شرائه) وكان هذا العقد خلوأ من أى عبارة تشير الى وجود

(١) النقض البلجيكي فى ٢٩ يونيو سنة ٩٠٥ س ، ٤٤٤ ، ٩٠٩ ، ٤٤٤

(٢) مجموعة فتية Fenet مجلد ١١ ص ٣٢٧

حق الارتفاق . وهنا يجب الاخذ بالمادة ٦٩٤ وعلى الاخص بالعبارة الواردة بها والقائلة « وكان عند تصرفه خلواً من أى شرط يتعلق بهذا الارتفاق الظاهر » لان عدم الاشارة بمقد التصرف الى حق الارتفاق قرينة على وجود حق الارتفاق اذا لاحظنا على الاكثر انه حق ارتفاق ظاهر . ثانياً . واما على العكس لا يستطيع المشتري تقديم عقد فصل العقارين عن بعضهما البعض . وهنا يدل القول وتضعف الادلة المؤدية لوجود حق الارتفاق . انما يمكن القول هنا على كل حال بأنه لا بد من القول بحق الارتفاق اذا كان قد استحال تفسير الحالة الموجودة عليها العقارات تفسيراً يتفق مع أعمال التسامح ، وترتب على هذه الاستحالة ضرورة القول بأن الحالة حالة حق ارتفاق لا حالة تسامح . وهنا يؤخذ بالمادة ٦٩٢ مدنى فرنسى^(١)

٢٩٦ مكرر (٤) . — القانون المصرى وحق الارتفاق المقرر بمعرفة رب الأسرة : لم يوجد نص بالقانون المصرى يقرر هذا الارتفاق . ولعل السبب فى ذلك هو أن الشارع المصرى لم ينجح منحه الشارع الفرنسى فى تقرير هذا الاخير للوسائل التى تتقرر بها حقوق الارتفاق . اذ قرر الشارع الفرنسى أنها تتقرر بالوسائل الثلاثة الآتية : اما بالرجوع الى حالة وجود العقارات المرتفعة والمرتفع بها ، واما أن تتقرر بحكم القانون نفسه ، واما أن تتقرر بفعل الانسان . وفى هذه الحالة الاخيرة اما أن تتقرر بمقد بين صاحبي العقارين واما بمضى المدة أى بالتقادم . ويلحق بالمقد حالة تقرير حق الارتفاق بمعرفة رب الأسرة ، على شرط أن يكون حق الارتفاق ظاهراً

واذا كان لم يوجد نص بمصر يبيح الاخذ بحق الارتفاق هذا فهل يترتب على ذلك عدم الاخذ به ؟ تقول لا ، ذلك لاننا لاحظنا عند ما أردنا البحث فى العلة القانونية الصحيحة لهذا النوع من حق الارتفاق بالقانون الفرنسى ، ان العلة الصحيحة فيه هى نية المتعاقدين عند الشراء . وذلك أن المشتري انما يشتري

العقار ويقبل دخوله في ماله وهو بالحالة التي اشتراه بها . فاذا كان للعقار طريق يمر منه الانسان على العقار المجاور للعقار المبيع والمملوك لنفس البائع فالمفروض هنا أن المشتري اشترى وهو يعتقد بقاء حق المرور بعد الشراء . والا لو كان يعرف بأن حق المرور يزول بعد الشراء (أو أى حق آخر كحق المثل وغير ذلك) فانه يمتنع وقتذاك عن الشراء . وعلى ذلك يمكننا القول بأن تقرير حق الارتفاق هذا انما يرجع الى غرض المتعاقدين . واذا كان الامر كذلك فهو حق يرجع للتعاقد بوجه عام والى مبلغ ما أحاط بإيجاب وقبول التعاقد من الظروف المختلفة ^(١)

هذا وقد أقر القضاء المصرى هذا الارتفاق ايضاً برغم عدم وجود النص عليه على شرط أن يكون الارتفاق ظاهراً غير مستتر ^(٢) ويجب على من يدعى بحق الارتفاق المقرر بمعرفة رب الاسرة ، مع عدم النص بعقده المملك له على هذا الحق ، أن يقيم الدليل على ما يأتي : (١) حق الارتفاق هذا حق ظاهر . — (٢) ان العقار المملوك له وهو العقار المرتفق كان من قبل مملوكا مع العقار المرتفق به للمالك واحد ، وان هذا المالك هو الذى قرر أو أقر هذه الحالة الارتفاقية . — (٣) وان هذه الحالة كانت موجودة فعلاً بين العقارين وقت شراء المشتري للعقار المرتفق ^(٣)

اذا علم ذلك أمكننا القول بأنه يجب الاخذ بمصر بصحة حق الارتفاق المقرر بمعرفة مالك العقارين من قبل برغم عدم النص على ذلك ، باعتبار أن تقرير هذا الحق الارتفاقى انما يرجع الى الرضاء الضمنى للعاقدين وقت التعاقد ، على شرط أن يكون ظاهراً . وعلى ذلك لا نرى محلاً للدخول في هذه المناقشات التى قامت في القضاء البلجيكي والقضاء الفرنسى بشأن التحايل على رفع التناقض الظاهر بين النصين الفرنسيين ٦٩٢ و ٦٩٤ من قانون نابليون

(١) راجع دى هلس ج ٤ ص ٢٠٦ ن ٤٩

(٢) استئناف م ٤ فبراير سنة ٩٧ م ت ق ، ٩ ، ١٤٨ — ١٢ ، ٣٤ — ١٧ ، ١٨٨

(٣) استئناف م ٢٦ ديسمبر سنة ٩١٢ م ت ق . ١٠ ، ٩٣

في اكتساب الحقوق العينية

في وسائل الاكتساب

٢٩٦ مكرر (٥) — أفرد الشارع الباب الخامس من القانون المدني بعنوان « في أسباب الملكية والحقوق العينية » وعين بالمادة الاولى منه وهي المادة ٦٦/٤٤ هذه الوسائل اذ قررت ما يأتي : « تكتسب الملكية والحقوق العينية بالاسباب الآتية وهي : العقود^(٢) والهبة^(٣) والميراث والوصية^(٤) ووضع اليد^(٥) وازضافة الملحقات للملك^(٦) والشفعة^(٧) ومضى المدة الطويلة^(٨) » ويلاحظ أن هذه الوسائل لا تتمشى فقط على الحقوق العينية وانما تتمشى أيضاً على حقوق الاستدانة أو حقوق الدائنية^(٩) وبوجه عام تتمشى على كل ما يدخل في مال الانسان . واننا الآن نأخذ في بيان كل وسيلة منها على حدة ومبلغ آثارها في التشريع والقضاء والفقه

في الاستيلاء

(١) الاحكام العامة للاستيلاء

٢٩٧ — الاستيلاء^(١٠) هو الوسيلة التي يمكن بها اكتساب الملكية شئ غير مملوك لاحد من الناس أو انه لا يوجد أحد يدعى ملكيته له، ويكون الاستيلاء

(١) Des modes d'acquérir (٢) Conventions (٣) Donations (٤) succession et testament

(٥) Appropriation, c'est-à-dire par occupation (٦) Accession (٧) Prémption (٨) Prescription (٩) Droits de créance

(١٠) رأينا الاخذ بهذه الكلمة « الاستيلاء » وهي التي قال بها فتحي باشا زغلول ص ٦٥ بدلا من التعبير الذي استعملته المادة العربية حيث قالت « وضع اليد » لما في هذا التعبير الاخير من الخاط في اللفظ بين الاستيلاء المعبر عنه بكلمة occupation أو appropriation بانص المصري فرنسي الوضع ، وبين وضع اليد possession لان لكل منهما أركاناً خاصة وقواعد مستقلة

بوضع اليد^(١) المصحوب بنية التملك^(٢) ويقول فتحي باشا زغلول « الاستيلاء هو حيازة مال مباح بقصد امتلاكه »^(٣) وتقول المادة ٧٩/٥٦ مدني ما يأتي :
« الاموال التي ليس لها مالك تعتبر ملكا لاول واضع يد عليها »

وكانت هذه الوسيلة في اكتساب الملكية في الازمنة السابقة عند الجماعات القديمة ذات أهمية خاصة لما كانت هذه الجماعات لم يصل بها حد الرقي واتساع المدينة الى ما نراه اليوم عند الشعوب المتمدينة الحاضرة . وربما كان من شأن المادة ٨٠/٥٧ مدني القائلة بأن الاراضى غير المزورة ملك الحكومة ، أو أن الاشياء التي لا مالك لها فهي ملك للحكومة (المادة ٧١٣ فرنسي) أن تجعل الشك يحوم حول وجود هذه الوسيلة بالقانون من ضمن وسائل اكتساب الملكية . على أنه لا محل لهذا الشك طالما أنه توجد أشياء في كل عصر وفي كل جماعة غير مملوكة لأحد^(٤) فالأسماك في البحار والطيور في الجو ، لا تعتبر ملكا للحكومة قبل صيدها وقنصها

ويترب على القول بأن الاشياء التي لا مالك لها تعتبر ملكا للحكومة ما يأتي :
(١) اذا وجدت مجموعة من الاشياء مكونة ثروة شخص ووجدت ولا مالك يديها ، وجب اعتبار الحكومة مالكة لها . ولا يجوز للفرد أن يملكها بمجرد الاستيلاء عليها . وربما كانت هذه القاعدة نتيجة من نتائج القاعدة المقررة بالشريعة الاسلامية بأن الوالى وارث لمن لا وارث له . فإذا وجدت تركة لا وارث لها^(٥) أصبحت ملكا للحكومة . وكذلك الحال أيضاً بالنسبة للاموال المملوكة لأشخاص معنوية اذا عفا أثرها وزالت من عالم الوجود القانوني

(٢) من المقرر أن أى عقاراً من العقارات المملوكة بطبيعتها للأفراد لا يمكن أن يصبح بوجه عام من الاشياء التي لا مالك لها . لأنه اذا تركه مالكه أصبح العقار ملكا للحكومة^(٦) ولعلنا نذكر ما قلناه بشأن الملكية قبل وضع القوانين

(١) Prise en possession (٢) كابتان من ٨٥٠ (٣) من ٦٥

(٤) Res nullius (٥) Succession vacante (٦) كابتان من ٨٥٠

المصرية بمواد في مجموعات خاصة ^(١) سنة ١٨٧٥ وسنة ١٨٨٣ أنه كان من المقرر بأن من لم يستطع دفع الاموال المطلوبة تؤخذ منه أرضه وتعطى للغير وترد اليه اذا وفي المال . (وكان ذلك حاصلًا بفرنسا أيضاً عقب الثورة الفرنسية) ولكن ربما كان ذلك يرجع الى أن الرقبة مملوكة للحكومة وأما المنفعة فللافراد . وبناء على ما تقدم يجوز القول بأنه لا يمكن اعتبار الاستيلاء أداة لاكتساب ملكية عقار الا خارج مصر . على اننا قد لاحظنا عند ما تكلمنا على قيود الملكية أنه يجوز للفرد أن يملك أرضاً باثرة مملوكة بطبيعتها للحكومة ، ويملكها بشروط خاصة وردت بالمادة ٥٧ / ٨٠ مدني وقد شرحنا ذلك بمكانه

وأما الاستيلاء في تملك المنقول فله أهمية خاصة وله صور مختلفة وهي :

(٢) في الاستيلاء البسيط

٢٩٨ — الاستيلاء البسيط هو ما يتعلق بتملك الافراد للأشياء التي لا مالك لها وكان استعمالها حراً للجميع (المادة ٧١٤ فرنسي وحكمها عام) مثل مياه البحار والانهار والحشائش الموجودة على شواطئ البحار . وقد رأينا أن تملك مياه النيل والترع العامة انما يرجع لنظام خاص هو نظام الري والمناوبة ، بحيث يعتبر المخالف لقيود هذا النظام أنه قد اعتدى على حق مكتسب للغير . وليس من شأن هذا النظام في قيوده الحجر على هذه الملكية العامة انما الغرض منه تنظيمها وتقرير أصولها في أحكام هذه الحرية حتى لا يعبت بها العابثون

(٣) الصيد والقنص

٢٩٩ — ان للصيد والقنص نظاماً يرجع للوائح الموضوعة له . وفي ذلك تقول المادة ٥٩ / ٨٣ مدني و ٧١٥ فرنسي ما يأتي : « يتبع في حقوق الصيد في البر والبحر ^(٢) منطوق اللوائح المخصوصة بها » فنأخذ التزاماً بصيد الاملاك

في بركة للحكومة أو منطقة خاصة بترعة عمومية اعتبر السمك الموجود بها مملوكا للملتزم حتى ولو لم يصده بعد^(١) فإذا جاء واعتدى مغتد وحاول الصيد بها وجب اعتباره سارقاً لأشياء مملوكة للغير . وإذا تسرب السمك من المنطقة المعينة للصيد وخرج عنها فلا يعتبر ملكاً للملتزم^(٢) أما إذا اصطاد الناس بالبحار والأنهار من غير طريقة الالتزام فلا يعتبر الصائد للأسماك مالكا لها الا بصيدها فقط وظهورها بحيازته . وكذلك الصائد للطيور فيعتبر مالكا لها بمجرد أن أصابها وسقطت ، أو طار الطير بعيداً ثم سقط ، الا اذا طال طيره وامتد بعده . واذا أفلت السمك أو الطير بعد صيده من يد الصائد طار حراً للناس جميعاً

(٤) في العثور على الاشياء

٣٠٠ — هذه الطريقة طريقة العثور على الاشياء^(٣) تتعلق بالعثور على شيء لم يكن له مالك معروف ، وربما لا تعتبر هذه الحالة استيلاء بل تعتبر نقلا للملكية من طريق القانون ، الا اذا كانت نية المالك الاصلى للشيء منصرفه الى احوال وترك أي حق له عليه ، اذ في هذه الحالة يعتبر من الاشياء التي لا مالك لها وهناك صور مختلفة للعثور :

٣٠١ — أولا — الكنز^(٤) : هو « كل شيء مخبوء^(٥) أو مدفون^(٦) لم يدع أحد ملكيته له ويكون العثور عليه بوجه الصدفة » (المادة ٧١٦ فرنسي وحكما عام) وعلى ذلك فشرط الكنز هي :

١. — أن يكون منقولاً : فلا يعتبر كنزاً القطعة من الخشب المحلاة بنقوش خاصة^(٧)

(١) والالتزام أو حق الصيد هو عبارة عن بيع أمل الحصول على منفعة في المستقبل ولا يعتبر إيجاراً . ويلتزم الملتزم بالتمن الربوط ولو لم ينتفع من الشيء الذي التزمه : استئناف ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٩٥ ح ١١ ص ٤١ (٢) الحقوق ٢٩ ص ٦٦ (٣) Invention (٤) Trésor (٥) Cachée (٦) Enfouie (٧) Mosaïque

ب. — أن يكون الشيء مخبوءاً أو مدفوناً، وسواء كان ذلك بالارض أو بغيرها وسواء كانت التخبئة قديمة أو حديثة ^(١)

ج. — أن يكون الكنز شيئاً لم تثبت ملكيته لاحد . والايات جازم بجميع الطرق القانونية الممكنة

د. — أن يكون العثور عليه بالصدفة

وما حكم الكنز المكتشف ؟ تقول المادة ٥٨ / ٨١ مدني ما يأتي . « المال ^(٢) المدفون في الارض الذي لا يعلم له صاحب يكون للمالك تلك الارض . — واذا لم يكن للارض ^(٣) مالك كان المال المذكور لمن وجده . وعلى كل حال يجب أن يدفع للحكومة الرسم المقرر في لوائحها ^(٤) » أما القانون الفرنسي فانه يجعل الكنز لمن وجده بأرض مملوكة له . أما اذا وجده غير مالكة فله فيه النصف وللمالك النصف الآخر (المادة ٧١٦) . — واذا كانت الارض المدفون بها الكنز مملوكة للحكومة أو مخصصة للمنافع العامة اعتبر الكنز ملكاً للحكومة .

وللشريعة الاسلامية أحكام خاصة فيما يتعلق بالمعادن المركوزة بالارض المملوكة للأفراد أو للحكومة . ولها أحكام بالنسبة للكنز المدفون بالاراضي المباحة أو الجبال ، وان كان بالكنز علامة أو نقش حملته الجاهلية أو نقش من النقوش الاسلامية (المواد ١٤٨ و ١٤٩ من مرشد الحيران) ^(٥) وتقرر الشريعة أن

(١) فاذا وجدت أكياس مملوءة بالنقود أو الجواهر مخبوءة في درج مملوك لاهل السر اعتبر كنزاً : كاهتان ص ٨٥٢ (٢) Trésor (٣) Enfoui (٤) ولا تعرف قانوناً صدر بتقرير هذا الرسم للآن . ويلاحظ أن النص المصري لم يأت بكلمة مخبوء Caché الواردة بنص المادة ٧١٦ فرنسي . ولله اكتفى بكلمة المدفون لتمييزها أيضاً عن كلمة المخبوء

(٥) اذ تقرر في ذلك بالمادة ١٤٨ ما يأتي : « اذا وجد في أرض عشيرة أو خراجية مملوكة لشخص معين معدن ذهب أو فضة أو حديد أو نحاس أو نحوه من الجوامد التي تنطبع بالنار فانه يكون ملكاً للمالك الارض وعليه الخمس للحكومة . — وان وجدت في أرض مملوكة لغير معين كالأرضي الحكومة تكون كلها للحكومة »

وتقرر المادة ١٤٩ ما يأتي : « من وجد في أرض من الاراضي المباحة كالجبال والمفاوز كنزاً مدفوناً وعليه علامة أو نقش حمله الجاهلية فله أربعة أخماس وخمسه للحكومة . — وان كان عليه

للحكومة رسماً على الكنز المكتشف سواء كان المكتشف المالك أو غيره وهو نفس ما قرره المادة ٨١/٥٨ مدني . وإذا كان الكنز المكتشف في أرض مملوكة الرقبة لواحد والمنفعة لآخر فانه يصبح ملكاً لصاحب الرقبة لا للمنتفع أخذاً بالقياس على ما قرره فقهاء الفرنسيين^(١)

٣٠٢ — وما القول بشأن الكنز الموجود بالعقار الموقوف . فهل يعتبر من أصل الوقف أي وقفاً ، أو يعتبر من الريع فيوزع على المستحقين طبقاً لمقادير الانصببة المبينة بكتاب الوقف أو يعتبر ملكاً حراً للواقف يتوارثه عنه الورثة فيقتسمونه طبقاً لاحكام الشريعة في الموارث ؟

يقول علماء الشريعة الاسلامية ان الكنز المدفون بالارض الموقوفة حكمه حكم الكنز المدفون بأرض مملوكة (أي غير موقوفة) ويقولون ان الركاز^(٢) من أصل الوقف^(٣) ومعنى ذلك ان يؤخذ خمس الكنز للحكومة أخذاً بالمادة ١٤٩ من مرشد الحيران أي ان الاربعة الاخماس الباقية تعتبر ملحقة بالوقف أي وقفاً . وكل ما يراد هنا هو فقط عدم اعتبار الكنز ريعاً يستحقه الورثة كله فلا يدفعون شيئاً للحكومة باعتبار انه ريع

اذا تقرر ذلك فما القول فيما اذا قام ناظر وقف بعمل ترميم به ووجد القمعة

نقش من النقوش الاسلامية فهو لملك الارض التي وجد فيها ان ادعى ملكه ، والا فهو لقطة . وأما من عمر على الكنز فله أجر ، أي لواجب أجره مثل عمله (المعاملات لابي الفتح بك ج ١ ص ١٠٢)

والشيء الذي عثر عليه اما ان يكون من الجوامد التي تنطبع بالنار أولاً . فان كان منها فاما ان يكون خلقياً لمعدن ذهب وفضة ومحاس وحديد ، واما ان يكون صناعياً بأن يكون كنزاً (شرح مرشد الحيران ص ١٢٤) ويظهر من ذلك انه يراد بالكنز المعدن المصنوع . وتنصرف كلمة لقطة الى الشيء غير المخبوء وغير المدفون (انظر المادة ١٤٩ المتقدمة) (١) كتابتان ص ٨٥٢

(٢) الركاز لفظة اسم للدين الجاهلية أي كنزهم المدفون . وتنصرف الى المعادن الطبيعية لانها مأخوذة من الركز (بفتح الراء مع تشديدها) أي الوضع في الارض . وأما الركز (بكسر الراء مع تشديدها فمناه الصوت الخفي) (كتاب المعاملات لابي الفتح بك ج ١ ص ١٠٢)

(٣) شرح مرشد الحيران ص ١٢٤ — ١٢٥

محاييب قديمة مخبوءة في سقف من سقوف المنزل الموقوف ؟ فهل تعتبر هذه المحاييب ملكا لا حد أم لا تعتبر أن لا مالك لها. فإذا قيل بأن لها مالك أى الواقف فهل تدخل في هذه الحالة في الوقف فتوزع حينئذ باعتبارها غلة للوقف على المستحقين طبقاً لانصبة استحقاقهم في الوقف ، أم لا تعتبر مندجبة في الوقف ، أى تعتبر ملكاً حراً للمالك غير موقوف . وعلى ذلك توزع على الورثة طبقاً للانصبة الشرعية المقررة في الارث . وإن قيل بأن لا مالك لها ، لان الوقف غير مملوك التركة لا حد ، فهل يمتلكها حينئذ الواجد لها ؟

قالت في ذلك محكمة الاستئناف ^(١) . بأن لا يعتبر الكنز المكتشف في بيت ملحقاً بالوقف ولا من غلته بل يعتبر ملكاً للواقف ولورثته من بعده كجزء من ما لم يعم الدليل على ما ينافي ذلك ^(٢)

(١) حكم ١٦ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ١٥ ، ٥٢ عدد ٢٥ ، ش ، ١ ص ٩٤ رقم ٣٠٣

(٢) ولما كان الحكم مما يلفت النظر في أسبابه وفي تقرير مبادئه نرى إدراجها لأهمية ذلك .

قال الحكم :

» حيث أنه في سنة ١٩١١ مسيحية وجد في سقف من سقوف منزل موقوف سنة ١١٦٣ هجرية عدد ٣٣٣٧ محبوساً قيمتها في الوقت الحاضر ١٠٦٧ جنياً ٨٥٠ ملماً وهي مفروية سنة ١١٤٣ هجرية وذلك أثناء ترميم المنزل بمعرفة الشغالة ، فتنازعت المستأنفة التي هي ناطرة الوقف الأمرة بالترميم ومستحقة النصف في ربه مع أخيها المستأنف عليه الذي يستحق النصف الآخر في الربع ، ولا وارت للواقف غيرها ، في حصة كل منهما في المحاييب هل تكون على حسب مالهما في غلة الوقف أو على حسب مالهما في ميراث الواقف . ثم اتفاقاً بتاريخ ٨ أبريل سنة ١٩١١ على تقسيم ذلك بينهما كأنه تركه بشرط أنه إذا ظهر أن أحكام الشريعة تقضي للمستأنفة بأكثر من الثلث يرد المستأنف عليه لها هذه الزيادة . وبعد التقسيم ادعت أنها تستحق جميع المبلغ الذي أخذه بموجب الشرع . فرفضت هذه الدعوى التي صدر فيها الحكم المستأنف . — وحيث أن محكمة أول درجة اعتبرت اتفاق ٨ أبريل باطلاً لخالفته للنظام العام لان فيه تعطيلاً لأحكام المادة ٥٨ من القانون المدني وهذا القول مع ما فيه من غش التعبير خطأ لانه فضلاً عن أن المنزل الذي وجدت فيه المحاييب موقوف ، والوقف نوع من الملك لا تقصده المادة ٥٨ من القانون المدني للمأخوذة من المادة ١٧٦ من القانون الفرنسي — سواء كان المنزل الموقوف معتبراً ملكاً له على ما فيه العمل أو ملكاً للواقف كما هو المذهب المخالف لذلك الذي مشى عليه محكمة أول درجة ، فإن الموضوع مال ، ولم يمنع القانون أحداً من التصرف في ماله ، فليس للمحاكم رد اتفاق عمل بشرضى الطرفين . وعلى هذا يكون اتفاق ٨ أبريل سنة ١٩١١ معتبراً واجب التنفيذ . وحيث أن أحكام الشريعة تعتبر المحاييب التي

واذا بيع منزل لهدمه وأخذ أتقاضه ووجد به المشتري كنزاً فاسن يكون هذا الكنز؟ هل يملكه صاحب الارض، أم صاحب المنزل المهذوم؟ الراجع أن يملكه صاحب الارض^(١).

٣٠٣ - ثانياً. الاشياء المبركة: الاشياء المبركة^(٢) هي الاشياء البالية التي يتركها اصحابها ويصرفون النية عن تملكها

٣٠٤ - ثالثاً. الاشياء الضائعة: الاشياء الضائعة^(٣) أو النائمة^(٤) هي الاشياء التي استحبال الوقوف على مالك لها. وهذه الاشياء لا يمكن تملكها بالاستيلاء

وللاشياء الضائعة قانون صادر في ١٨ مايو سنة ١٨٩٨ وقرر بأن من وجد شيئاً ضائعاً أو مبروكاً وجب عليه رده لصاحبه أو تسليمه لرجال الضبط أو اخبارهم

وجدت بالكيفية السابقة لقطة كالتيه الذي يوجد على ظهر الارض يملكه واجده بعد اجراءات معروفة اذا لم يعلم صاحبه وان علم صاحبه كلاله . وحيث ان واجد الهاييب هنا الوقف لالشفالة الذين هم آله في الابدان للناظرة ، ولا الناظرة التي هي نائمة عن الوقف . — وحيث ان هذه الهاييب لالم تكن غلة الوقف لم يكن للمستحقين قسمتها بينهم كغلة : — وحيث ان الوقوف الخيرية والاهلية تنتقل اليها الملكية من الواقف كما عليه العمل شرعاً مثل الاشخاص الادبسية الصومية والخصومية في القوانين التي تنتقل اليها الملكية من الاشخاص الحفيقية ، والهاييب لا توقف هكذا فلا تنتقل ملكيتها من الواقف الى مالك الوقف بل تبقى على ملكه بعد وقف المقار ، وبأخذها ان كان حياً وتأخذها ورثته ان كان ميتاً ، ما دام انه لا يعلم لها صاحب غيره ولا يأخذها الوقف. — وحيث ان الحكم بهذه الكيفية المطابقة لاتفاق ٨ ابريل سنة ١٩١١ لا يخالف المادة ٥٨ من القانون المدني في شيء على فرض انها تنطبق على الاواقف . — وحيث انه لا يعلم للمعاليق التي وجدت صاحب غير الواقف فيكون المالك ، خصوصاً وان تاريخ ضربها هو سنة ١١٤٣ يوافق تقريباً تاريخ الوقف وهو ١١٦٣ هـ . — وحيث ان الواقف مات والطرفان متفقان على انها الوردان له دون غيرها وان للذكر منهما مثل حظ الانثيين فيكون التقسيم الذي حصل وقت اتفاق ٨ ابريل سنة ٩١١ في محله ، وليس للمستأفة الحق في شيء مما أخذته المستأف عليه ، وتكون دعواها بناء على ذلك مرفوضة ، والحكم المستأف في محله للاسباب المتقدمة دون الاسباب المبني عليها فيجب تأييده . . (١) اه وكان بودنا نشر حكم محكمة أول درجة الا أننا لم نشر عليه في المجموعات القضائية . — أنظر أيضاً بمعنى الحكم استئناف ٥ مارس سنة ٩١٣ ح ٢٨ ص ١١٥ ، مرجع القضاء ص ٣٢٦ ن ١١٦ (١) قارن كابتان ٨٥٣ (٢) Choses abandonnées أي Res derelicta (٣) Choses perdues (٤) Egarées ويبر عنها أيضاً بكلمة Épaves

به في ظرف مدة معينة ، ثلاثة ايام في المدن وثمانية بالقرى . والا جازت معاقبته بعقوبة مخالفة . واذا كانت حيازته لهذه الاشياء بنية تملكها جاز اعتباره سارقاً ويعاقب عقوبة السارق^(١) وان كان في الاصل ان الانسان لا يسأل عن ملكه كيف ملكه الا أن قانون المشردين اعتبر الشخص سارقاً اذا وجدت معه أمتعة لا تتناسب قيمتها مع ما يليق به وعجز عن التدليل على المصدر الشرعي لها . والاشياء المسلمة لرجال الضبط تباع بطرق خاصة ويحفظ الثمن على ذمة صاحبها ثلاث سنوات والا أصبح ملكاً للحكومة . ويعطى لمن وجد الشيء عشر قيمته وأما الحيوانات الساربة فلا تعتبر ضائعة ولا ضالة فن وجدها فلا مكافأة له^(٢)

في التملك بحكم القانون

٣٠٥ — قد يحصل التملك بفعل القانون نفسه . ولقد رأينا مثالا لذلك (بفرنسا) وهو تملك الثروات في حالة الانتفاع بمعرفة الولي الشرعي ، كالأب بالنسبة لابنائه وان زلوا والجد الصحيح . وهنا تتكلم على مثالين آخرين للتملك بحكم القانون ، وهما نظرية الالتصاق^(٣) ونظرية وضع اليد^(٤) ولهاتين النظريتين دور هام في عالم العمل وعلى الاخص ثانيتهما

(١) في نظرية الالتصاق

٣٠٦ — الالتصاق^(٥) هو اتحاد شيئين ببعضهما البعض وكان احدهما أهم من الآخر . فاذا حصل هذا الالتصاق اعتبر المالك للشيء الاصلى مالكاً للشيء التبعية (المادة ٥٥١ مدني فرنسي وحكمها عام) وهذا مذهب يتأيد بظروف كل حالة على حدة . فيحصل أن الشيء التابع لا يكون مملوكاً للاحد . ففي هذه الحالة يملك مالك الشيء الاصلى هذا الشيء الذي لا ماله له . وسبب التملك هنا هو

(١) شرح قانون العقوبات الاهلي لاحمد بك امين ص ٦٣٠ وما بعدها

(٢) فتحي زغلول باشا ص ٦٧ (٣) Accession (٤) Possession

(٥) Accession

الاستيلاء عليه . أما اذا كان الشيئان مملوكين لشخصين مختلفين قبل الالتصاق جاز في الاصل لكل واحد منهما الحق في طلب فصل شيئه عن الآخر . وليس فصل الشيئين عن بعضهما البعض أمراً سهلاً . واذا حصل فلا يكون الا بعد تلف وتشويه يؤثران على قيمة الاشياء . لهذا رأى الشارع أن يتدخل في الامر ويقضى لصاحب الشيء الاصلى بملكيته للشيء التبعي ، وقضى بتعويض أخذاً بالعدالة لصاحب الشيء التبعي ليعوضه عما فاتته من ملكه ، وذلك فيما اذا لم يقع منه خطأ ولم يكن في حالة تحول دون تقرير التعويض له . هذا هو التعليل العملي للالتصاق . وهناك تعليل آخر يرجع للقانون والمنطق قال به الرومان . ذلك أنه اذا تم اتحاد الشيئين بطريقة كاملة اعتبر أن كلا منهما قد زال أثره من عالم الوجود ، بمعنى أن كل شيء منهما قد فقد مميزاته ومشخصاته ، وبزوال الاثنين ظهر شيء جديد آخر . ومن البديهي انه يجب أن تنقر ملكية هذا الشيء الجديد لمن كان مالكا في البدء للشيء الاصلى الأهم ، لان خواص هذا الشيء الاصلى هي الغالبة في الشيء الجديد ^(١)

١ - في الالتصاق العقاري

٣٠٧ - يلاحظ بأنه اذا اتحدت أشياء منقولة بمقتار اعتبرت الارض دائماً وابدأ هي الشيء الأهم ، والمواد الاولية تابعة له . فاذا حصل بناء على أرض تقررت الملكية دائماً للمالك الارض ، حتى ولو كانت قيمة الارض أقل بكثير من قيمة المباني

١ - في الالتصاق الصناعي العقاري

٣٠٨ - يعتبر ان هناك التصاقاً صناعياً ^(٢) أي التصاقاً بفعل الانسان اذا غرست مغروسات بالارض أو بنيت بها مباني ، أو أنشئت مباني جديدة فوق مباني سابقة . فاذا حدث ذلك تقررت هذه القاعدة الاصلية الآتية وهي أنه من

المفروض في هذه الحالة ان ما جدد انما حصل بمعرفة المالك الاصلى أو بمعرفة وكيله (المادة ٥٥٣ فرنسى وحكمها عام) ذلك لانه هو الاصل وهو الذى يقع فى العادة . ولكن يصبح الاخذ بالدليل العكسى اذا ادعى الغير بأنه هو الذى أحدث الجديد من غرس أو بناء ، ويقبل جميع أوجه الادلة الممكنة ، لانه من المستحيل أن يتمكن الطرفان فى الغالب من التعاقد بالكتابة فى هذا الشأن

على أن القانون المختلط قد قرر بالمادة ٨٩ ولم يكن لها شبيهه بالقانون الاهلى بأنه اذا بنى انسان فى أرض الغير أو غرس فيها برضاء صريح من مالك الارض أصبح بعد الغرس والبناء مالكا للارض التى اشتغلت بكل منهما . ولم نجد لهذه القاعدة بالقانون المختلط مسوقا تشريعيًا بالقوانين الاخرى ولا مسوقا قانونيًا يبررها . لأن اباحة الغرس أو البناء لا يترتب عليها تملك الفارس أو البائى ملكية الارض . اذ الملكية هنا لا تنتقل الا بالبيع أو الهبة أو غيرها . ولا بيع ولا هبة بل حصل تراض فقط على الغرس والبناء . والمادة محل للحيرة حيث لا نجد مبررًا لها وبوجه عام ان القاعدة العامة التى قررتها المادة ٥٥٣ مدنى فرنسى لا تخرج أحوال الفرض فيها عن ثلاثة

- ١) اما أن يكون مالك الارض قد أحدث المفروسات أو المبائى واستعان فى ذلك بأدوات أولية اغتصبها من مالكا
- ٢) واما أن المالك للادوات الاولينة هو الذى قد اغتصب أرض الغير ثم غرس فيها المفروسات أو أحدث بها المبائى
- ٣) واما أن يكون البناء أو الغرس حصل بمعرفة شخص لا يملك لا الارض ولا المهمات^(١)

(١) وهل تستقيم هذه المادة الآن مع صدور قانون التسجيل الجديد رقم ١٨ سنة ١٩٢٣ (٢٦ يونيو) القاضى بضرورة تسجيل العقود النافذة للحقوق العينية العقارية ؟

§ ١ - الفرصه الدول . حصول المفروسات والمباني

بعرفة المالك للارض بادوات أولية مملوكة للغير

٣٠٩ - في هذا القرض قالت المادة ٦٤ مدني أهلي (ولا مثيل لها بالقانون المختلط وتقابلها المادة ٥٥٤ فرنسي) ما يأتي : « اذا جدد مالك الارض أبنية أو غراساً أو غير ذلك من الاعمال بمهمات وأدوات كانت ملكا لغيره وجب عليه دفع قيمة المهمات والادوات المذكورة للمالكها . ويجوز الحكم عليه أيضاً بدفع تعويضات اذا فعل ذلك بطريق الغش والتدليس . ولا يسوغ للمالك المهمات أن ينترعها من محل وضعها » . وعلى ذلك يصبح مالك الارض مالكا للغرس والبناء سواء كان حسن النية أو سيء النية . انما يحكم عليه بتعويض زائد عن قيمة المهمات فيما اذا كان سيء النية . وهذا التعويض جزاء مدني أي بمشابة عقوبة مدنية في نظير ما أجراه بسوء نية . ويجوز أيضاً الحكم عليه بتعويض حتى ولو كان حسن النية فيما اذا ترتب على عمله ضرر ترتب عن تأخير ترميمات كان يجريها مالك المهمات في الوقت الذي أخذها فيه صاحب الارض وكان لابد من عمل الترميمات في وقت سريع وقد اضطر الى الحصول على غيرها بثمن أعلى ^(١) . ولا يجوز بحال للمالك المهمات أن يطلب الهدم ويأخذ الاتقاض

وربما يتلاحظ انه في حالة ما اذا كان مالك الارض قد بنى أو غرس بحسن نية بمهمات الغير ، باعتبار المهمات منقولة حتماً ، فما كان هناك محل لتقرير القاعدة الواردة بالمادة ٦٤ المذكورة أخذاً بالقاعدة المعروفة « ان حيازة المنقولة سند للملكية » (المواد ٨٦ / ١١٥ و ٨٧ / ١١٧ و ٦٠٧ / ٧٣٣ و ٦٠٨ / ٧٣٤ مدني و ٢٢٧٩ فرنسي) . ولكن تقييد هذه المادة فيما اذا كان الشيء مسروقاً أو ضائعاً . اذ لا يستطيع مالكها الحقيقي حق طلبها بفصلها عن الارض . وعلى أي حال اذا حصل البناء أو الغرس فان ملكية الادوات تزول عن مالكها

وهنا يجب مراعاة أن القانون اشترط في المادة ٦٤ مدني اهل و ٥٥٤ فرنسي، حتى يؤخذ بقاعدة عدم الفصل المقررة بها، أن تكون هناك فعلا وحقيقة أعمال قد حصلت . وعلى ذلك ترتب النتائج الآتية :

١ — يجب أن يكون هناك اتحاد بالمعنى الصحيح، أي التصاق الأشياء المنقولة بالأرض التصاقا . وأما مجرد اعداد هذه المنقولات للبناء أو الفرس فلا يمكن أن يؤخذ في هذه الحالة بالمادة المذكورة ، حتى لو كان المنقول مما يعد من المقارات الحكومية بالاتصال أي عقاراً بالتخصيص كالألات المتصلة بالمعامل والمصانع تسهيلات للاستغلال . وعلى ذلك يجوز لمالك هذه المنقولات أن يطلب استردادها ولا يسقط حقه في الاسترداد إلا بمضي ١٥ سنة فيما إذا كان صاحب الأرض سيئ النية . أما إذا كان حسن النية وحصل عليها من سوق عام فيسقط حق المسترد بمضي ثلاث سنوات من وقت حصول السرقة أو الضياع (المواد ٨٦/١١٥ و ٨٧/١١٦ و ٦٠٧/٧٣٣ و ٦٠٨/٧٣٤ مدني و ٢٢٧٩ و ٢٢٨٠ فرنسي)

٢ — يعتبر الفرس ملكا لمالك الأرض بمجرد وضعه بها . وليس من اللازم أن تكون قد امتدت جذوره بالأرض كما قال الرومان بهذا الشرط

٣ — إذا أحدث مبانى جديدة فوق المباني القديمة ثم تهدم البناء كله بمحادث قهرى أو جبرى أو برغبة المالك فلا يجوز مع ذلك لمالك المهمات طلب استردادها وكل ماله هو التعويض فيما إذا لم يقض به من قبل ^(١)

(١) وكان الرومان يقولون هنا بكس ذلك ، وكانت وجهة النظر عندهم بخلاف وجهة النظر الحاضرة . لأنهم أباحوا لمالك المهمات طلب استردادها بعد الهدم ، باعتبار أن الشيء المنقول وهو التابع لم يمكن المطالبة به بعد الالتصاق لأن السبب في ذلك زوال شخصية هذا الشيء . أما وقد طادت إليه هذه الشخصية بعد الهدم فلا محل لهذا الحظر في طلب استرداد المهمات . ولكن الالتصاق في وقتنا الحاضر من أسباب الملكية وهو أداة لتملكها . وبالتفكك الجديد تزول الملكية القديمة التي كانت للملكة الأولى . وهي لا تعود بعد الزوال

§ ٢ - الفرمه الثاني - فيما اذا كان غاصب الارض

قد بنى او غرس بمهمات هو

٣١٠ - وأما اذا كان الباني أو الفارس قد غرس بمهمات أو أشجاره بأرض ليست مملوكة له فقد قررت المادة ٦٥ مدني أهلي و ٥٥٥ فرنسي ما يأتي : « فاذا حصل الفارس أو البناء أو غير ذلك من الاعمال من شخص بمهمات وادوات نفسه في ملك غيره فالمالك مخير بين ابقاء هذه الاشياء بأرضه وبين الزام فاعلها بنزعها. - ففي حالة ما اذا اختار صاحب الارض نزع هذه الاشياء تكون مصاريف انتزاعها أو هدمها على فاعلها بدون اعطائه تعويضاً ما ، ويجوز زيادة على ذلك ان يحكم على الفاعل المذکور بتعويض الخسارة التي تنشأ عن فعله لصاحب الارض. - وأما اذا اختار صاحب الارض ابقاء تلك الاشياء فيكون مخيراً بين دفع قيمة الفراس أو البناء مستحق القلع وبين دفع مبلغ مساو لما زاد في قيمة الارض بسبب ما حدث بها. - انما اذا كان البناء أو الفرس حصل من شخص في ارض تحت يده على زعم انها ملكه ثم رفعت يده عنها بحكم تقرر فيه عدم وقوع غش منه في وضع يده عليها فليس لمالك الارض ان يطلب ازالة شيء مما ذكر ، بل يكون مخيراً بين دفع قيمة المهمات والادوات واجرة العملة وبين دفع ما زاد في قيمة الارض بسبب ما أحدث بها »

وحكم هذه المادة يرجع الى ما اذا كان واضع اليد على الارض حسن النية او سيئ النية. ولكل منهما حكم خاص

٣١١ - واضع اليد سبي النية : في هذه الحالة يعتبر واضع اليد قد ارتكب

خطأً وهو احدث البناء أو الفرس في ارض لا يملكها ^(١) وليس من العدل في شيء اكراه مالك الارض في هذه الحالة على بقاء البناء بأرضه والزامه بدفع

(١) ومالك الارض مكلف باثبات سوء نية الباني: استئناف ١٧ مايو سنة ١٩١٤ م ر ١٥٠١

من ١٥٩ عدد ٨١ ، مرجع ص ٣٣٠ ن ١١٢٨

ثمّنه. كذلك ليس من العدل في حالة ترك البناء لمالك الارض ان يتملكه بلا مقابل لما في ذلك من المخالفة الظاهرة للقاعدة المعروفة في انه لا يجوز لاحد الاثراء على حساب الغير بلا مقابل. لذا رأى الشارع ان يقرر بالفقرة الاولى من المادة المذكورة ان يكون مالك الارض بالخيار ان شاء طلب نزع ما حدث عن الارض، أو استبقاه ودفع ثمّنه

فله ان يلزم صاحب البناء او الغراس بازالة البناء مع الزامه ايضاً بمصاريف الازالة، لان البناء حصل بفعل صاحبه، دون ان يلزم مالك الارض بتعويض ما. مع جواز الحكم بتعويض على صاحب البناء في نظير ما يمكن ان يحتمل معه من اصابة الارض بضرر ظاهر الاثر في قيمتها

وله ان يستبقى البناء. وفي هذه الحالة يخير بين دفع قيمة المهمات فقط او دفع ما زاد من قيمة الارض بسبب البناء^(١). أما القانون الفرنسي فانه لم يبيع في هذه الحالة خلاف دفع ثمن المهمات فقط

ويغلب في هذه الحالة أن صاحب البناء يتنازل عن بعض قيمة المهمات ويتركها لمالك الارض حتى لا يختار هذا الاخير حقه في طاب الازالة لما في هذا الطلب من الاضرار البليغة بصاحب البناء

(١) قانون استئناف ١٨ أبريل سنة ١٩٠٩ ح ٢٤ ص ٣٦٩، مرجع ص ٣٢٨ ن ١١٢٠ — وما للقول فيما يحدده المستأجر من البناء بالارض المؤجرة اليه بدون اجازة المالك؟ يقول القضاء بأنه تطبق في هذه الحالة المادة ٦٥ ويعتبر المستأجر سبي النية ويصبح المؤجر بالخيار ان شاء كلف المستأجر بالهدم أو استبقاه المؤجر ودفع ثمّنه : استئناف ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٣ ح ٨ ص ٣٠٥، مرجع ص ٣٣٠ ن ١١٣١. ولكن تلاحظ أنه وان كان في المقرر أنه لا يجوز للانسان أن يترى على حساب الغير ولا أن ينتفع بلا مقابل (المادة ١٤٤ / ٢٠٥ مدني) وانه يترتب على ذلك جواز المطالبة بقيمة الاثراء أى المطالبة بمقابل المنفعة Actio de in rem verso أو *Condictio sine causa* (الالتزامات ص ٦٤٧ ن ٦٩٤)، الا أنه يجب في صحة دفع هذه الدعوى! وبماحوا أن لا يكون هناك عمل قانوني، مثل عقد الايجار، يبرر وجود المنفعة في يد المنتفع. وعلى ذلك لا عمل للمستأجر في المطالبة بشيء ما لانه ملزم برد المقار بما هو عليه من المنفعات التي اضيفت اليه أو التحسينات التي دخلت عليه زوى التحسينات والاضافات التي حصلت لتسبيل الاستغلال. (المادة ٣٧٨ / ٤٦٣ مدني ١٧٣١ — ١٧٣٥ فرنسي). كتابنا في الالتزامات ص ٦٠٦ ن ٧٠٧ — وكان الامر كذلك عند الرومان : الالتزامات ص ٦٤٦ ن ٦٩٢

واذا اختار مالك الارض استبقاء البناء ولم يدفع التعويض ، سواء كان التعويض ثمناً للمهمات ، أو في نظير ما زاد من قيمة الارض بسبب البناء ، فانه يجوز لصاحب البناء ازالة بنائه واستلام أتعاضه . اذ حق الازالة مقرر له حتماً عند عدم دفع التعويض اليه . على أن البعض يقول مع ذلك في أنه لا يجوز لصاحب البناء أن يلجأ للازالة اذا لم تتبين له مصلحة فيها . فاذا فرض وقام الغير باحداث صور زيتية بعقار مملوك لغيره فما هي فائدة محدث الصور والمحكوم ضده بالخروج من العقار من نبش حيطان العقار والعبث بها فيما كان المالك للعقار يأبى دفع قيمتها ؟ فاذا لجأ محدث الصور الى ازالتها كان مدفوعاً في هذه الحالة بدافع نية الاضرار بالمالك والعمل على الخاق الاذى به ، ومثل هذا العمل لا يجوز تأييده من جانب القانون أخذاً بالقاعدة الرومانية المعروفة ^(١) في أنه لا يجوز التساهل مع من يعمل للايذاء بالغير . ولكن يلاحظ في أنه لا محل لهذا النقد . لان في قيام صاحب الصور من ازالتها قياماً بحق من حقوقه ، ليس فيه من العمى في الايذاء بالغير شيء ما . وما دام ان صاحب العقار قد أشهر الخصومة على صاحب الصور في عدم دفع التعويض ، فما على هذا الاخير الا أن يرد على الخصومة بخصومة ، والدفاع في الخصومة مشروع ^(٢)

وماذا قال الشارع المختلط في هذا الشأن ؟ قال بالمادة ٩٠ مدني ما يأتي : « اذا لم يثبت حصول الاذن المذكور (وهو الاذن الوارد بالمادة ٨٩ الخاص بالاباحة للبانى بالبناء بأرض غيره ، اذ يترتب ذلك أن يصبح مالك البناء مالكا للارض) تعتبر الارض عارية ^(٣) ويكون للمالك الخيار بين طلب هدم البناء وازالة المغرومات وبين ابقائها مع دفع قيمة مهمات البناء والغراس وأجرة العملة . » ^(٤)

(١) *Malitiis non est indulgendum*

(٢) كولين وكابتان ج ١ ص ٨٦١

(٣) *Prété*

(٤) وهي مادة قد حررنا في تبرير قواعدها كما تولتنا الحيرة في تبرير المادة السابقة عليها . اذ كيف يعتبر ان هناك اطارة ، والاعادة لا تكون بهذه الحال ؟ على ان هناك حكماً قديماً يقول (قنا استثنائي ٧ اكتوبر سنة ٩٥ القضاء ٢ ص ٣٤٨ ، مرجع القضاء ص ٣٢٨ ن ١١٢١) « بان

ان الشارع المختلط يعمل في المادتين من طريق التصوير المجازي ^(١) ومن طريق القرائن القانونية ^(٢) التي تقبل حتما الدليل العكسي ^(٣) ومع ذلك فإن في حالة المادة ٩٠ المذكورة قد أتى بالقاعدة المقررة في حالة البناء في أرض الغير بسوء نية . ولكنه لاحظ الرأي الفرنسي المقرر بالمادة ٥٥٥ مدني فرنسي ، أي انه لم يقرر ما قرره المادة ٦٤ أهلي من جواز الخيار لمالك الارض فيما اذا استبقى البناء في أن يدفع اما ثمن المهمات أو مازاد في قيمة الارض بسبب البناء

٣١٢ - واضع اليد حسن النية : رأى الشارع أن يتلطف هذه المرة في حكمه مع حسن النية . فألزم مالك الارض بأخذ البناء وعدم الزام محدثه بالازالة وهذا هو معنى الفقرة الاخيرة من المادة ٦٤ المذكورة . ولمالك الارض في هذه الحالة الخيار ، كما في المادة السابقة ، بين دفع قيمة المهمات أو دفع ما زاد في قيمة الارض بسبب البناء . وهنا يتشابه القانون الفرنسي مع المصري ^(٤) . أما القانون المختلط فقد قرر في هذه الحالة بالمادة ٩١ ما يأتي :

« اذا بنى شخص أو غرس في أرض معتقداً ملكيتها له بسبب مقبول فلا يصير ازالة الغراس أو البناء بل للمالك الحقيقي أن يدفع مازاد عن قيمة الارض بسبب وجود الغراس أو البناء فيها بحسب ما تقدره أهل الخبرة » . أي ان القانون المختلط وافق القانون الاهلي والفرنسي في الشطر الاول من القاعدة التي

أذن المالك للغير بالبناء في أرضه بدون عوض هو نوع من أنواع العارية وقد قضت أحكام الشريعة بأن العارية متى كانت مطلقة يبقى المير الحق في استردادها وقت ما يريد الزام المستعير بقلع ما أحدثه من البناء الا اذا أضر بأرضه فيجوز له تملك البناء جبراً على المستعير بقيمته »

(١) Fiction (٢) Présomptions légales (٣) Juris tantum

(٤) ويعتبر بأنها بحسن نية من بنى على أرض معتقدا انها من الاراضي الغير المزروعة المملوكة شرطا للحكومة لانه بمجرد البناء عليها يصبح مالكا . وهذا في الحقيقة مساو للبناء في أرض باعتقاد ملكيتها ، لان القانون أعطاه حق الملكية اذا بنى عليها أو غرس فيها من طريق التشجيع على التمير : البياض ٢ نوفمبر سنة ١٩٢١ م ٣ ص ٢٢٧ عدد ١٧٠ ، المرجع ص ٣٢٩ ن ١١٢٥٠ - ويعتبر حسن النية من بنى في أرض موقوفة وكان يعتقد خطأ ان الارض قد آلت اليه بطريق وضع اليد : استئناف ٢١ يناير سنة ١٩١٣ م ١ ر ١٤ ص ٨٤ عدد ٤٤ ، ح ٢٨ ص ٢٨٣ ، مرجع ص ٣٢٩ ن ١١٢٦

تقررت بالمادة ٦٤ أهلى و ٥٥٥ فرنسى ، بأن لا يجوز لصاحب الارض طلب الازالة مطلقاً ، وخالفهما فى الشرط الثانى منها . فانه بينا القانونان الاهلى والفرنسى قد اتفقا على أن يكون صاحب الارض بالخيار ان شاء دفع قيمة المهمات أو دفع مقدار ما زاد فى قيمة الارض ، اذ يقرر هذا القانون المختلط انه يجب أن يدفع صاحب الارض مقدار ما زاد فى قيمة الارض بسبب البناء أو الغراس . وهنا محل للقول يأتي فى الملاحظة الاولى التى ستأتى حالا .

وفىما يتعلق بما قرره المادة ٦٤ أهلى و ٥٥٥ فرنسى و ٩١ مختلط لابد من ابداء الملاحظتين الآتيتين :

٣١٣ - الملاحظة الاولى : ان القانون قد عامل واضع اليد سبب النية مع واضع اليد حسن النية معاملة واحدة فيما اذا اختار مالك الارض حق استبقاء البناء . وذلك أنه قرر له حق الخيار فى حالتى سوء النية وحسن النية بين دفع قيمة المهمات فقط ، أو دفع ما زاد فى قيمة الارض بسبب البناء . وهى مساواة لا تجدها دائماً نصيبها من العدل . اذ فى دفع ما زاد فى قيمة الارض بسبب البناء ضرر بواضع اليد حسن النية مما اذا لو تقرر له بطريقة واحدة لا خيار فيها دفع قيمة المهمات اليه . لأن العادة جرت أن قيمة المهمات منفردة أكبر من قيمة ما يزيد فى العقار من التقدير بسبب البناء . وواضع اليد حسن النية جدير بحماية القانون له فلا يصح أن يوضع فى مستوى واحد مع سبب النية فى حالة واحدة متشابهة . على أن هناك تعليلاً لهذا الشذوذ فى معاملة الاثنين . ذلك أن البعض يقول بأن مالك الارض مكره ، فى حالة وجود واضع اليد حسن النية ، على أخذ البناء ولا بد فى هذه الحالة من تمكنه فى الدفع بغير ارهاق يحل به . والا اذا اكره على دفع قيمة المهمات فقط دون حق الخيرة الآخر ، لكان فى ذلك ارهاق له . والمهم من كل ذلك كله هو أن لا يترى على حساب الغير بلا مقابل . وأما بالنسبة لسبب النية فان مالك الارض بالخيار ، فان شاء استبقى البناء أو طلب نزع ، أى أن مجال الخيار أمامه فسيح وليس مكرها على أخذ البناء وعدم طلب الازالة . وفى تقرير الخيار

له سبيل الى سهولة تراضيه مع واضع اليد سبب النية ، لان هذا الاخير مضطر الى قبول أخذ مبلغ أقل من القيمة الحقيقية للمهمات ، حتى لا يرى نفسه مكرها على الازالة فيما اذا اختار صاحب الارض هذا الحق ^(١)

هذا وقد جرى القضاء الفرنسى على الأخذ بقاعدة أصبحت محلا لنقد الناقدين : ذلك أنه قرر حق الحبس لواضع اليد حسن النية ، وأباه على سبب النية اذ أجاز للاول احتباس الارض مع البناء تحت يده حتى يتقاضى حقه كاملا فيما يختاره صاحب الارض من دفع قيمة المهمات أو دفع ما زاد فى قيمة العقار . ولم يميز هذا الحق لواضع اليد سبب النية ، بل يلزمه بالتخلي عن العقار ، أى عن الضمان الضامن لحقه ^(٢) . ويظهر لنا أن حجة القضاء فى ان سبب النية ليس جديراً بحماية القانون كحسن النية حجة لم تصب مكانها من الصحة . ذلك لانا نرى أن التعويض المقرر لصاحب البناء أو الفرس عند سوء نيته حق أصبح مقررأ له . وهو حق تسمى عليه جميع الاصول القانونية الخاصة بالحق فى ذاته . أما ان سبب النية ليس جديراً بحماية القانون له فهو صحيح من بعض الوجوه وغير صحيح من البعض . صحيح فى أن الشارع لم يحمه كما حى حسن النية . اذا قرر لهذا الاخير الرام مالك الارض بعدم طلب الازالة . وقرر لصاحب الارض الحق فى طلب الازالة اذا كان صاحب البناء سبب النية . فكأن سبب النية قد دفع ثمناً لسوء نيته فى أنه حرم مما امتاز به حسن النية . وهذا الحرمان جزاء مدنى ، أى مؤاخذة تتوقع على صاحب البناء ، وهى بمثابة عقوبة . وأما وقد وقعت هذه المؤاخذة ، وهذا الجزاء المدنى ، فلا محل مطلقاً لتوقيعه مرة ثانية . اذ من المقرر أنه لا يجوز مؤاخذة الشخص مرتين عن فعل واحد . وعلى ذلك فلا يجوز حرمان صاحب البناء سبب النية من حق الحبس . لان هذا الحق نتيجة حتمية وقانونية للتعويض . وما دام

(١) كولين وكاتبان ص ٨٦١ (٢) د ، ٦٢ ، ٤٠ ، ٣ . — د ، ٩٨ ، ٢ ،

٢١١ . — كاتبان ص ٨٦٢

أن الشارع قضى له بالتمويض ، أى قرر له حقاً يتصل به حتماً حق الحبس اذا كان لا يظل حائزاً للعقار ، فلا يملك القضاء نزع هذا الحق عنه الا بنص . وحيث لانص فهو لا يملك . هذا هو ما نراه نحن في نقد هذا القضاء الفرنسى

٣١٤ - الملاحظة الثانية : يحصل أن المبلغ الذى يدفعه صاحب الارض لصاحب البناء لا يتناسب في قدره مع ما يستطيع دفعه الآن صاحب الارض هذا فاذا أُرْم بدفعه مرة واحدة كان في ذلك ارهاق له الى حد عدم الاستطاعة وربما يبيع العقار كله أرضاً وبناء لا يفاء صاحب البناء بدينه ، وفي البيع الجبرى ما لا يخفى من بخس الاثمان ونقص القيمة . لذا كان القانون الفرنسى القديم يعمل على معالجة الحال من طريق بجمع بين العدالة والعمل . فأجاز تقسيط المبلغ على المدين صاحب الارض تقسيطاً على شكل مرتب دائم يلتزم بمرتباته الشهرية أو السنوية^(١) أخذاً من الايراد الذى يخرج من العقار^(٢) أما الآن ولا يوجد بين نصوص القانون الفرنسى والمصرى ما يقرر هذه القاعدة فلا محل للاخذ بها . وعلى ذلك يصبح صاحب الارض كما قلنا مديناً ككل مدين ، وما يملكه ضامن لدائليه ، فيجوز لهؤلاء أن ينفذوا أحكامهم على كل ما يملكه من منقول وعقار بما فيه الارض ومبانيها . على أنه اذا استحال وجود نص يحكى النص الفرنسى القديم الذى كان يبيع تقسيط الدين على شكل مرتب دائم ، فان هذه الاستحالة التشريعية لا تنف في طريق القاضى حجرة اذا أراد هو الآخر أن يعمل بالقانون والعدالة معاً فيجعل هذه الاخيرة محكومة به ويجعل القانون من المرونة بحيث لا يصدم العدالة صدماً . ولذا يمكن القول هنا ، بأنه يجوز تقسيط الدين على المدين بطريقة عامة أخذاً بالمادة ١٦٨ / ٢٣١ و ٢٣٣ مدنى و ١٢٤٤ فرنسى التى أجازت للقاضى منح المدين مهلة لدفع دينه ، سواء كانت المهلة مدة واحدة أو مددا متفرقة أى يكون الوفاء على شكل أقساط متعددة متسلسلة^(٣)

(١) Arrérages (٢) بوتيميه فى الملكية ن ٣٤٧ — كولين وكابتان ج ١ ص ٨٦٢

(٣) ١٨٤٥ ، ٢ ، ١١٠٢ — كابتان ص ٨٦٢ — اللترامك ص ٥٨٣ ن ٦١٤

٣١٥ - في الالتصاق الجزئي : يسهل الاخذ بأحكام المادة ٦٥/٩٠ مدني فيما اذا كان الالتصاق كاملاً بمعنى أن الباني قد أتى بمهاتة وبني في ملك الغير، ولكن ما القول فيما اذا كان الباني يبني بأرضه ثم أغار على أرض جاره فأخذ منها جزءاً وأضافه على أرضه ثم أقام البناء على هذا الجزء بعد ضمه لأرضه ؟ فهل تسري في هذه الحالة احكام المادة ٦٥ المذكورة ؟ اذا اخذنا بهذه الاحكام في هذه الحالة وكان لا بد من مراعاة حسن النية وسوء النية لترتبت على ذلك نتائج تصبح من الغرابة بمكان . فاذا كان الباني حسن النية ولم تكن الحدود الفاصلة بين ملكه وملك جاره واضحة الاثر، وأغار على جاره في جزء بسيط منه في العرض على استقامة الطول وأخذ بالمادة ٦٥ لأصبح الجار مالكا للجزء من البناء المقام على الجزء من الارض المقتصبة في مقابل ما يدفعه من التعويض الى الباني من ثمن المهاتة أو ما زاد في قيمة عقاره هو بسبب الزيادة الطارئة عليه . وفي هذا ما فيه من الاضرار البليغة بالباني لان الجزء من البناء المقام على الارض ملك الجار متصل تمام الاتصال بالبناء كله . ولا يمكن فصل الجزئين باعتبارهما كلا غير قابل للتجزئة. لذا جرى القضاء في هذه الحالة على عدم الاخذ بأحكام المادة ٦٥ في حالة الالتصاق الجزئي أي فيما اذا كان الالتصاق حاصلًا في جزء من البناء الجديد، وفي عدم الاخذ بهذه المادة أصبح القضاء في حل بأن لا يتقيد بنص ، انما يعمل على ضوء العدالة وتخفيف الضرر بقدر ما يمكن ولذا قضى بملكية الباني لجزء الارض الزائد بأرضه في مقابل ما يدفعه من التعويض الى مالك الارض ، فيما اذا كان الجزء صغيراً مما يحتل وقوع الخطأ فيه من حيث تقدير الابعاد والحدود وبما لا يترتب على سلخه من ملك صاحب الارض كبير ضرر عليه^(١) ويجوز للقاضي في هذه الحالة أن يراعي في التعويض تقديره بما يتناسب مع الضرر الذي يلحق بصاحب الارض . وليس هناك ما يمنع القاضي ايضاً في أن يحفظ لصاحب الارض حق استردادها من الباني

(١) المطايرين ٢٧ مايو سنة ٩١٣ ش ١ ص ١٢٥ عدد ٢٤٩ ، مرجع ص ٣٢٩ ن ١١٢٤.

فما اذا رأى الباني هدم بنائه وترتب على الهدم انكشاف الارض^(١) ونرى أن حق الاسترداد يظهر عند تمام الهدم ، ويسقط اذا ظل صاحب الارض مدة ١٥ سنة لا يطالب بحقه اذا ظلت الارض خالية عن البناء . أما اذا بنى الباني بعد الهدم وقبل أن يطلب مالك الارض فبناؤه صحيح ، الا اذا تقرر بحكم التعويض ان الارض تصبح ملكا لصاحبها الاصلى بمجرد حصول الهدم على شرط رد التعويض^(٢)

وأما اذا تبين بأن الجزء من الارض الملحق بأرض الجار جزء عظيم بحيث يترتب على سلبه من الجار الحاق الضرر به وتشويه أرضه لديه ، وعلى الاخص فيما اذا كان قد أعد الارض لبناء خاص كضنح أو معمل أو مصلحة ، فأننا نرى في هذه الحالة انه يجوز الحكم بالهدم لان الخطأ هذا ليس باليسير بما يصح فيه التساهل ، ويجب على الباني أن يتحمل نتيجة عمله

وأما اذا تبين بأن الباني سيء النية وكان في بنائه متعمدا فلا يلوم من الاتقصه عند ما يقضى بالهدم . على انه تجب مراعاة الظروف التي تمحف النزاع وعلى الاخص ما اذا كان البناء قد قام ومالك الارض المتغصبة يعلم به ويراه وترك الباني مستمرا في البناء ورفع له الدور الثاني والثالث وغير ذلك

٣١٦ - التحسين والاصلاح بالنسبة للالتصاق : رأينا احكام المادة ٦٥ وما قررته فيما يتعلق بالبناء أو الغرس أو أى عمل آخر . ولكن ما القول فيما اذا لم يقع التصاق بالمعنى الصحيح ، بل الذى وقع هو تحسين مثل تخفيف مستنقع أو تطهير مصرف أو وقع من باب أولى تصليح للعقار فعلى أى قاعدة يطلب واضع اليد حقه فى التعويض . يقولون ان القانون قد التزم الصحة فى هذه الحالة ولم ينص عليها . ولكن مع السكوت عنها فانه يجب فيها الرجوع الى القاعدة العامة المقررة بالمادة ١٤٤/٢٠٥ مدنى أى انه لا يجوز الاثراء على حساب الغير بلا مقابل . وذلك

(١) دى هلس ج ١ ص ٤١ ن ٨١ (٢) الحقوق ٣ ص ٢٤٤ — م ثق ، ٢٧ ، ٢٦٧ — الشرائع ٢ ص ٣١٧ عدد ٣٥٦ — الشرائع ١ ص ١٢٦ عدد ٢٤٩ . — دى هلس ج ١ ص ٤١ ن ٨١

يقضى الاخذ بالآراء التى قررها الرومان بما يطابق الحق والمنطق فى تسوية المصاريف التى يكون قد صرفها واضع اليد، اذا ماجاء مالك العقار وطالب بتثبيت الملك له من طريق رفع دعوى تثبيت الملكية أو من طريق رفع دعوى الوراثة^(١) وهنا تقسم المصاريف المذكورة الى ثلاثة اقسام : المصاريف الضرورية^(٢) والمصاريف النافعة^(٣) والمصاريف الكالية^(٤). ويجب على طالب ملكية العقار أن يبنى للدعى عليه بجميع مصاريف النوع الاول برمتها، وهى المصاريف التى لو لم تصرف فى العقار لزال بقاءاً أو تلف تلفاً عظيماً. لان المالك كان مكرهاً على صرفها فيما اذا كانت يده قد ظلت باقية على العقار. وعن النوع الثانى فانه يجيب على مالك العقار الوفاء بها ايضاً. وله الخيار فى الوفاء بشمن الزيادة الحاصلة بالعقار، أو بدفع مقدار ما زاد فى قيمة العقار وثمنه بسبب الاصلاح أو التحسين. وأما عن النوع الثالث فانه ليس ملازماً بدفعه لان هذه المصاريف وهى مصاريف الزخرف والزينة لم تزدد فى قيمة العقار. ولم يجبرها واضع اليد الا من طريق الزخرف خاصة. هذا وليس للمالك العقار أن يطلب ازالة ما حصل من طريق التحسين أو الاصلاح حتى ولو كان واضع اليد سيئ النية^(٥)

٣١٧ - تعدد أنواع واضعى اليد والالتصاف. ان المادة ٩٥/٦٥ مدنى ٥٥٥ فرنسى انما تتعلق بمالك العقار فى علاقته مع واضع اليد. ولكن من ذا يكون واضع اليد هذا؟ سنرى فيما بعد أن لواضع اليد معنيين معنى عام وطاى وهو كل من حاز شيئاً مملوكاً للغير، اذ يسمون فى العادة المستأجر واضع يد ويسمون كذلك المنتفع بحق الانتفاع وهكذا. ومعنى عامى فنى صحيح لا توسع فيه وهو يفيد على عكس المعنى المتقدم واضع اليد الذى يضع يده على الشيء دون أن يكون مالكا له^(٦) ويعمل على ان ينتفع به هو خاصة لنفسه دون أن يكون وكيلًا

(١) Action en pétition d'hérédité (٢) Impenses nécessaires

(٣) Imp. utiles (٤) Imp. voluptuaires

(٥) ٣٥٨، ١، ٥٦، د - ١٥٣، ١، ٦٦، س (٦) Animo domini

للمالك الاصلى ، بحيث يستحيل وضع يده هذا الى ملكية كاملة بفعل التقادم أى بعد مضي مدة معينة بشرائط معلومة . ويظهر جلياً ان المادة ٦٥ المذكورة لا تتصل الا بهذا الاخير ، أى بوضع اليد السائر فى طريق التملك بالتقادم . لانها تفيد وجود واضح يد أمام شخص آخر مهدد بزوال الحق عنه ^(١) أى أمام شخص يلجأ الى طلب استرداد عقاره بدعوى الاسترداد أو بدعوى الوراثة كما رأينا . وعلى ذلك فهى لا تتعلق بمن يجوز لغيره لا لنفسه ولذا لا تعتبر يده يد مالك بل تعتبر يد وكيل عن المالك . واذا كان الامر كذلك فلا تسرى المادة ٦٥ المذكورة على ما يأتى : .

(١) الوكلاء أو الفضوليون الذين حازوا العقار بطريق النيابة عن المالك وباسمه خاصة

(٢) المستأجرون على اختلاف انواعهم لانهم لم يخرجوا عن كونهم مجرد حائزين بالنيابة ^(٢) بحيث اذا جاء أجل رد العقار للمالك فلا يقاضيههم هذا الاخير بدعوى تثبيت الملكية لينتزعها من ايديهم ^(٣) بل يقاضيههم بالرجوع الى الالتزام الشخصى وهى نتيجة التعاقد بينهم فيطلب رد العقار الى حظيرة

(٣) المالك الذى فسخ عقده اذا كان مالكا على شرط كالمشتري شراءً وفائتاً ، أو المشتري الذى لم يدفع ثمن العقار لحكم باخراجه منه . اذ فى هذه الاحوال لا يعتبر الفصل فيها من طريق أخذ الملكية من يد الحائز بل يعتبر الفصل فيها راجعاً الى نظرية فسخ العقود . وفوق ذلك فان المشتري بالوفاء أو المقترى العادى لا يعتبران فى هذه الحالة من طبقة الغير بالنسبة للمالك . لان حيازتهم للعقار كانت باسمه لا بأسمائهم هم ، فكان هو المالك لا هم . وكذلك الحال بالنسبة للمالك على الشيوع بعد حصول القسمة ، فيما اذا وقع نصيبه فى غير الجزء الذى كان واضعاً يده عليه وقت قيام الشيوع ، ثم وقع هذا الجزء فى نصيب شريك آخر له ^(٤)

(١) Tiers évincé (٢) Détenteurs précaires (٣) Évincer

(٤) اكلباتك مى ٨٣٣

وعلى ذلك اذا جاء حائز للعقار من بين هؤلاء الحائزين وقام بأحداث بناء أو غرس وجب اعتبار ما حدث ملكاً للمالك العقار بطريق التبعية . ولا يجوز الاخذ بالمادة ٦٥ مدني الخاصة بالاتصاق . على أنه يجب عقلا مراعاة ما يأتي :

اذا كان الحائز مستأجراً وحصل الاتفاق بينه وبين المؤجر على شروط خاصة فيما يتعلق بما حدث من الغرس والمباني وجب الاخذ بهذا الاتفاق باعتباره شريعة المتعاقدين بصرف النظر عما ينشأ عنه من الاضرار التي تلحق بأحدهما^(١)

ولكن ما القول فيما اذا لم يحصل اتفاق على ما يحدث من البناء والغرس ؟ هل يعتبر مالك للأرض مالكا لما حدث بحكم عقد الايجار أخذاً بالقاعدة التي قررناها بكتابنا في نظرية الالتزامات باعتبار أن السبب في تملكه انما يرجع لرباط قانوني كان يربط الاثنين معاً وقت قيام البناء والغرس ، وهو عقد الايجار^(٢) ؟ أم لا بد من الأخذ بنظرية الاثراء بلا سبب بوجه عام والزام مالك الأرض بدفع قيمة البناء الى محدثه وعدم الاباحة له مطلقاً بطلب الهدم والازالة ؟ نقول انه اذا كان ما حدث انما عمل في سبيل الاستغلال وتسهيله على صاحب الاستغلال وجب اعتبار ما حدث ملكاً للمالك العين أخذاً بما قرره بنظرية الالتزامات كما مر . وأما اذا كان ما حدث من البناء قد حصل لغير غرض تسهيل الاستغلال فانه يجب الاخذ في هذه الحالة بنظرية الاثراء بلا سبب . وعدم الازالة ، وان مالك الأرض بالخيار اما بدفع ثمن المهمات أو دفع ما زاد في قيمة الأرض . واذا كانت الزيادة الحاصلة بالأرض آتية بسبب أعمال الثينة والخرق فادام أن مالك الأرض ليس ملزماً بها لانه لم تترتب عليها زيادة في قيمة العقار فلا يكره على دفع قيمتها . ولحديثها الحق في أخذها على شرط أن لا يترتب على أخذها تلف بالعقار^(٣)

على أن القضاء الفرنسي لم يأخذ بهذا الرأي . ولاحظ الناقدون له أن أحكامه

(١) د ، ٩٦ ، ١ ، ٣٤٠ — س ، ٩٧ ، ١ ، ٣٦

(٢) الالتزامات ص ٦٤٦ ن ٦٩٢ و ص ٦٥٦ ن ٧٠٧

(٣) كواين وكابتان ص ٨٦٤

فى هذا الموطن قد تعارضت مع بعضها البعض ، وشابهها من النقص فى التعليل القانونى ما شابهها ^(١) . وذلك :

- (١) اذا حصلت الاعمال بمعرفة وكيل أو فضولى فلا يلزم رب العمل الا بقدر ما زاد نهائياً من هذا العمل للعقار ، أى بقدر ما زاد من قيمة العقار بسبب البناء ^(٢)
- (٢) وعلى العكس مما تقدم أخذ القضاء الفرنسى بالمادة ٥٥٥ الخاصة بالاتصاق (وهى المقابلة للمادة ٩٠ / ٦٥ مدنى مصرى كما رأينا) فيما اذا كان صاحب البناء والفرس مستأجراً ، أو كان مشتركاً وفسخ حقه ، أو كان مالكا على الشيوع . ويعامل هذا القضاء هؤلاء الحائزين باعتبار أن الحائز منهم اما أن يكون حسن النية . واما أن يكون سيئ النية . ولكل منهما حكم كما رأينا فيما يتعلق بحسن النية ويرجع فى معرفة النية الى ما كان يعلمه أو يحمله الحائز من أن العقار مملوك أو غير مملوك للغير . وعلى ذلك يعتبر المستأجر والمالك على الشيوع بمثابة الحائز سيئ النية لأن العقد بيدهم يدلم على حقيقة هذه اليد . ولذا يجوز حينئذ للمالك اما طلب الازالة واما دفع ثمن المبيعات بالنسبة لمن فسخ حقه أى فسخ عقده ، وزال حقه زوالاً تاماً بزوال العقد ، ويعتبره القضاء قارة بمثابة الحائز حسن النية وطوراً بمثابة سيئ النية ، بالرجوع للظروف الخاصة فيما اذا كانت تدل على ان الحائز كان يعمل وهو على يقين من عمله أو أن الشك كان يساوره وقت العمل ^(٣)

- (٣) وقرر هذا القضاء الفرنسى فى بعض المسائل النادرة عدم الأخذ بالمادة ٥٥٥ فرنسى المطابقة للمادة ٦٥ مدنى مصرى فى حق بعض الحائزين النيايين الذين لا يملكون لهم خاصة بل يجوزون وغيرهم يملك . وهؤلاء يشبهون كل الشبه طائفة الحائزين السالف ذكرهم لانهم مملون بظروف الحال ويعلمون أنهم لا يملكون

(١) كابتان ص ٨٦٤ — ٨٦٥ (٢) د ، ٩٠٦ ، ١٤ ، ١٣٥

(٣) د ، ٨٧ ، ١٠ ، ٢٩٨ — س ، ٩٨ ، ٢ ، ٢١١ وكذلك فعل القضاء المصرى بالنسبة

للمستأجر : استئناف ٢٥ أكتوبر سنة ٩٣ ح ٨ ص ٣٠٥ ، مرجع ص ٣٣٠ ن ١١٣١

بأسماهم . وقد قرر القضاء لهم الحق في طلب تعويض في مقابل ما أحدثوه . ولم يبيع لمالك الارض مطلقاً حق الهدم والازالة ، بل قرر له حق الخيار في طلب قيمة المهمات أو مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب ما حدث . قضى بذلك في حالة ما اذا كان هناك مستأجر من الحكومة ^(١) قد التزم بالقيام بأعمال للمصلحة العامة يجرىها على عقار مخصص للمنفعة العامة ^(٢) وفي حالة ما اذا كان الشخص الذي سيرث فيما بعد ^(٣) قد أحدث بناء في ملك مورثه ^(٤) قبل وفاة هذا الأخير ^(٥)

٣١٨ - في الفرس والبناء بمعرفة المنتفع . يظهر أنه بناء على ما سار فيه القضاء الفرنسي المتقدم من التعارض ومن المخالفة للاصول القانونية ، يجب أن يعتبر المنتفع حينئذ بمثابة واضح يد سميء النية فيما اذا أقام بناء بالارض وأجرى بها غرساً ما ^(٦) . وهذا ما قضى به القضاء البلجيكي

أما ما استند اليه هذا القضاء الفرنسي في جعل المادة ٥٩٩ تنمى على المنتفع وما يحدته من المباني والمفروسات ، واعتبارها كلها بمثابة تحسينات واصلاحات في سبيل الاستغلال ، هو صعبوبة التفرقة بين التصليحات والمباني وإيجاد ميز بين الاثنين من الوجهة العملية . هذا أولاً . وثانياً أخذ القضاء بالقياس مع المادة ٢١٣٣ مدني فرنسي في أن « الرهن يشمل ما يحدث بالعقار من الاصلاحات التي تحدث بعد تقريره » وان الآراء متفقة على أن الاصلاحات هذه تشمل أيضاً المباني والمفروسات المنشأة على الارض العارية (والمادة ٢١٣٣ فرنسي تقابل

(١) Affectataire (٢) ٩٧ ، ١ ، ٩٦ ، د (٣) De cujus (٤) ٢٤١ ، ٢ ، ٩٠٢ ، د (٥) ٤٩ ، ٤ ، ٨٧ ، س — ولكن محكمة النقض والابرام بباريس (٦) ٢٠٦ ، ٢ ، ٨٨ ، د — ٢٠٦ ، ٢ ، ٨٨ ، د — ٤٩ ، ٤ ، ٨٧ ، س . ذلك أنها قررت الاخذ في هذه الحالة بالمادة ٥٩٩ الخاصة بالتحسينات التي يجرىها المنتفع وهي التي تقول بأنه لا يجوز للمنتفع مطالبة مالك المين بتعويض ما في مقابل ما أجراه من التحسينات وقت الانتفاع (٨٦ ، ١ ، ٣٦١ — س ، ٨٦ ، ١ ، ١١٣ — وأيدها محكمة من محاكم الاستئناف : س ، ٩٠٧ ، ٢ ، ١٣٨) ولقد سبق أن رأينا أنه ليس لهذه المادة شبيه بقانوننا المصري (قارن المادة ٢٦ / ٤٠ مدني)

المادة ٥٦٤ / ٦٨٨ مصرى وقد جاءت المادة المصرية أكثر بياناً وقانوناً عن المادة الفرنسية بالنسبة للرهن . اذ قالت : « الرهن يشمل جميع اجزاء العقار المرهون بغير تعيين حصة منه وجميع ملحقاته وما يحدث فيه من الاصلاحات والابنية التي تعود منفعتها على مالكه ، الا اذا وجد شرط يخالف ذلك » واستند القضاء الفرنسى أخيراً الى أن الرومان قد منحوا أيضاً هذا النحو كما منحاه أيضاً القانون الفرنسى القديم في اعتبار البناء الذى يحدثه المنتفع من قبيل الاصلاحات

أما الفقه فقد نقد هذا رأى نقداً شديداً وأول ما لاحظته هو ان المنتفع يعامل في هذه الحالة معاملة تقسو بكثير عما يعامل به المقتصب^(١) وفي ذلك ما فيه من المساس بالعدالة مساساً جارحاً . على أن المادة ٥٩٩ انما هى تخالف المنطق والبداهة وهى منتقدة من هذه الوجهة . وكل ما يمكن ان يقال بشأنها بأن الاصلاحات انما تأخذ ثمناتها من الايراد . فاذا أجرى المنتفع شيئاً منها فهو انما يعمل على أن يحرم نفسه من جزء من الايراد ، أى ثمرات العقار محل الانتفاع . أما البناء الجديد فهو على العكس من ذلك لانه ليس جزء من الثمرة بل رأس مال مستقل بذاته . واذا كان كذلك فكيف يمكن حينئذ ادراجه ضمن مال صاحب العين دون أن يدفع هذا الاخير ثمنه للمنتفع ؟ وان قيل بأن هناك شبه استحالة في تمييز الاصلاحات عن الابنية الجديدة ، فلا يرى هنا أثر لهذه الاستحالة الموهومة . وأما ما قرره الرومان في هذا الشأن من تمييز الابنية عن الاصلاحات وجارهم فيه قدماء الشارحين للقانون الفرنسى القديم ، فانهم قرروا حقيقة بأن من بنى بأرض الغير وهو يعلم انها ليست له لا تعويض له . ولكن يلاحظ ان الشارع الفرنسى قرر بالمادة ٥٥٥ والشارع المصرى بالمادة ٦٥ ما يفيد عدم الاخذ مطلقاً بهذه القاعدة الرومانية المجحفة لانه بمقتضى هذا القانون الحاضر يجوز للباني وهو يعلم بأن الارض ليست ملكا له ان يطالب بتعويض كما رأينا . وكان من الواجب في هذه الحالة معاملة المنتفع على الاقل معاملة واضع اليد بسوء النية . ومن غريب أمر بعض

رجال الفقه أنهم يؤيدون هذا القضاء ويستندون الى الفقرة الاخيرة من المادة ٥٩٩ القائلة بأنه يجوز للمنتفع أن يأخذ وقت خروجه المزايا والصور وجميع الاشياء المعدة لزينة العقار أى لا يأخذ الا ما كان معداً للزينة ، وما عداها فيبقى ملكاً للمالك ، مع أن الفقرة المذكورة جعلت الخيار للمنتفع في أن يأخذ هذه الاشياء أو لا يأخذها . فاذا اخذها فأعما يأخذها لانها من حقه . وحق الاخذ هذا حق مقرر أيضاً لو اضع اليد سبب النية فيما اذا لم يرد المالك ان يدفع له التعويض^(١)

٣٨ - الفرصه الثالث . أن يكون الباني أو الفارس

غير مالك لا للارض ولا للمهمات

٣١٩ - في هذه الحالة قررت المادة ٦٦ مدني اهلي ولا مثيل لها لا بالقانون المختلط ولا بالقانون الفرنسي ما يأتي : « اذا حصل البناء أو الفرس أو غير ذلك^(٢) من شخص في ارض غيره بمهمات وأدوات كانت ملكاً لغيره ايضاً فلا يجوز لصاحب المهمات والادوات المذكورة أن يطلب ردها اليه^(٣) بل يكون له الحق في أخذ تعويض من الفارس أو الباني أو من صاحب الارض على قدر ما يكون مطلوباً منه » . ومعنى ذلك أن الباني أو الفارس اذا كان لا يملك الارض والمهمات فلا يملك مالك المهمات الحق في طلب تثبيت ملكيته للمهمات ونزعها من الارض ، إنما كل ماله هو أن يطلب الى مالك الارض ما استغلت به ذمته نحو الباني من جراء الاحتفاظ بالبناء أو أن يطلب من باب أولى هذا التعويض الى الباني ذاته . والمادة على ما نرى ليست من الواضح بحيث يصح السكوت عنها . ذلك لان الشارع لم يبين لنا ما هي حقوق صاحب الارض ، هل هو ملزم في هذه الحالة دائماً وأبداً باستبقاء البناء أو الفرس ، وأن يدفع فقط تعويضاً للباني ، سواء في ذلك كان هذا الاخير حسن النية أو سيئها ؟ وماذا يكون التعويض ، هل يكون عن ثمن المهمات أو مقدار ما زاد في قيمة الارض بسبب البناء ؟ هذه

مسائل لم يتعرض لها الشارع في هذه المادة . وظننا أنه يريد بهذا الصمت أن يحيل على المادة ٦٥ مدنى أهلى فيما يتعلق بحسن النية وما يترتب لصاحب الأرض من حق الخيار في طلب الازالة من جهة ، أو من دفع ثمن المهمات أو ما زاد في قيمة العقار من جهة أخرى . ولا يمكن أن يكون غرض الشارع إلزام صاحب الأرض باستبقاء البناء دائماً وأبداً حتى ولو كان البانى سيء النية ، لمافى ذلك من حرمانه من حق طلب الازالة وهو حق يملكه بمقتضى المادة ٦٥ لو كان البانى مالكا للمهمات . أما مالك الادوات فله حق المطالبة بشئها . والبانى ملزم فى الاصل بها أمامه وليس صاحب الأرض ملزماً بالثمن أمام مالك المهمات الا اذا كان التعويض لم يدفع بعد من صاحب الأرض الى البانى كلاً أو بعضاً . اذ يجوز فى هذه الحالة فقط ان يرجع على صاحب الأرض بما اشتملت به ذمته نحو البانى .

ب - فى الالتصاق العقارى الطبيعى

٣٢٠ - هذا الالتصاق العقارى الطبيعى^(١) على نوعين . الالتصاق الناشئ عن الجوار للنيل والالتصاق الناشئ عن اتخاذ بعض الحيوانات عقاراً مرفداً لها

§ ١ - فى الالتصاق العقارى الطبيعى

الناشئ عن الجوار للنيل

٣٢١ - يلاحظ فى الالتصاق أصل وتبع وأتباع ومتبوع . فالأصل هو ما وجد أولاً . والتبع هو ما عرض وجوده بعد وجود الأصل . والالتصاق الطبيعى العقارى هنا انما هو خاص بالأراضى الزراعية وغير الزراعية ، أى أن يكون الأصل قد عرض له تبع فاتصل به فأصبح الاثنان مملوكين لواحد وهو مالك الأصل . والزيادة حادثة بفعل الطمى^(٢) وهو طمى النيل أو الترع العامة أو الترع الخاصة

٣٢٢ - طمي الترع الخاصة : اذا كان لمالك أرض ترعة خاصة به فن البديهي أن يملك الزيادة التي تتصل بأرضه بفعل الطمي الذي تنقله اليه ترعته الخاصة .

٣٢٣ - طمي النيل والترع العام : النيل والترع العامة ليست ملكا لاحد بل هي من المنافع العامة كما رأينا . ومعنى ذلك أن المياه ومجرى المياه غير مملوكة للأفراد . ولكن اذا حملت المياه الطمي وأحدث الطمي زيادة أى تبعاً بالأرض المملوكة للفرد فكان المنطق يقضى بأن تكون الزيادة ملكا للمنفعة العامة لانه يترتب على هذه الزيادة نقص في اتساع عرض النيل أو الترع العمومية . ولكن الشارع خالف هذه القاعدة واعتبر الزيادة ملكا لصاحب الأرض اذ قرر بالمادة ٨٠/٦٠ مدني ٥٥٦ فرنسي ما يأتي : « ما يحدث من طمي الانهار ^(١) على التدريج يكون ملكا لمالك الأرض التي على ساحل النهر » ^(٢) فالزيادة ملك لمالك الأرض المجاورة مباشرة للماء . فان كان المالك فرداً امتلك الزيادة . وان كانت الحكومة اعتبرت مالكة للزيادة اما باعتبارها شخصاً معنوياً فيما تمتلكه من الاملاك الخاصة بها ، واما باعتبارها صاحبة الولاية العامة ، كما اذا كانت الأرض المطلة على الماء مباشرة جسراً أو طريقاً عمومياً . اذ الزيادة في الحالتين تعتبر ملكية خاصة للحكومة . انما يجوز نقل الطريق العام بالقرب من الماء كما كان من قبل ، وعلى ذلك تعتبر الزيادة طريقاً عاماً ، والطريق العام القديم أرضاً حرة مملوكة للحكومة . أى كأنه يحصل بين الارضين حلول عيني عقارى . ويلاحظ هنا أن القانون الفرنسي قرر بالمادة ٥٥٦ بأنه في حالة ما اذا وجد طريق فاصل بين المالك والنهر ثم حصلت الزيادة أصبحت الزيادة لمالك الأرض ووجب عليه أن يترك بالقرب من النهر طريقاً يشبه الطريق الاصلى . ولكن يجب أن لا ننسى أن هذا الطريق هو حق ارتفاق مقرر للمصلحة العامة على ملك المالك . ولم يكن طريقاً ملكا للمنفعة العامة حتى كان يقال بحرمان

الجدار للماء من الزيادة . والزيادة يتملكها صاحب الارض سواء حدثت عند ما كانت يده قائمة على الارض أو كانت يد غيره النابتة عنه ولا تتحقق ملكية الزيادة المتخلفة عن الطمي للمالك المجاور لأنهر الا بتوافر الشروط الآتية :

أولاً . — يجب أن تكون الزيادة حاصلة بالتدريج كما تقول المادة ٦٠ المذكورة والفرض من هذه الزيادة التدريجية هي التي تحصل من الطمي . والظمى ^(١) هو الزيادة ^(٢) التي تحصل بطريق التتابع ومن غير أن ترى ^(٣) . فإذا حصلت الزيادة حينئذ مرة واحدة ولم تحصل بالتدريج ، سواء كانت طبيعية أو بفعل انسان فانها تكون للحكومة ولا يتملكها مالك الارض ^(٤)

ثانياً . — أن تكون الزيادة طبيعية . وهذه الحالة نتيجة للحالة السابقة . أى أن لا يكون للانسان دخل فيها . فإذا وقع منه عمل دل على اعتدائه على النيل أو التربة فلا يملك الزيادة المتخلفة من الطمي كما اذا وضع أخشاباً أو أحجاراً بالماء وبجوار أرضه . أما اذا كان الفرض من وضع الاشياء حماية أرضه من غوائل المياه وهي جارية بقوة الفيضان فانه يتملك الزيادة ، على شرط أن تكون وزارة الاشغال قد أذنت له بإجراء هذه الاعمال ^(٥) اذ لا تعتبر أعماله وقتئذ تعدياً منه على ماء النيل انما تعتبر حماية له

ثالثاً . — أن تكون الارض المملوكة للفرد متصلة بماء النيل أو التربة . فإذا انفصلت عنه فلا تملك الزيادة . وتعتبر منفصلة فيما اذا كان يفصلها عن الماء طريق عام كجسر النيل أو جسر التربة العمومية أو السكة الزراعية . ولا تعتبر منفصلة اذا كان صاحب الارض قد ترك الناس يمرون من أرضه من طريق التسامح منه ، أو كان قد أنشأ لها سياجاً يفصلها عن الماء أو رصيفاً بالحجارة حتى لا تأكل المياه شاطئ أرضه

(١) Alluvions أو Lai (٢) Atterrissement أو Accroissement ج ٣
ص ٢ ن ١١ (٣) كولين وكابتان ج ١ ص ٨٦٦ (٤) دى ملس ج ١ ص ٢٢ ن ٩
و ١٠ — م ت ق ، ٢٩ ، ٣٦٤ (٥) فتوى دلول باشا ص ٧١

واذا حصلت الزيادة بشاطئ النيل أو التربة العمومية وامتدت على أملاك مختلفة للمجاورين للماء اقتسم هؤلاء الملاك تلك الزيادة . وطريقة التقسيم هو أن يأخذ كل مالك الجزء من الزيادة التى اتصلت بأرضه ، وذلك بمصر هذا الجزء بين خطين وهميين ينصبان عمودياً على النيل أو التربة العمومية (١)

٣٢٤ - فى طمى البحر الملح : البحار الملحقة ملك للحكومة . فاذا انكشفت عنها الارض ملكت الحكومة الارض ولو كان على ساحل البحر ملك للأفراد . وفى ذلك تقول المادة ٨٦/٦٢ مدنى ما يأتى : « الطمى (٢) الذى يحدث فى البحيرات (٣) يكون ملكاً لأصحابها وأما الاراضى التى ينكشف عنها البحر الملح فتكون ملكاً للميرى » . حتى ولو كان للأفراد ملك على ساحل البحر (٤) . أما يجوز للفرد المالك على شاطئ البحر العام ان يأخذ من شواطئ البحر ما يلزمه لاجل اعادة حدود ملكه الى ما كانت عليه من قبل . وتقول المادة ٨٨/٦٣ مدنى ما يأتى : « لا يجوز التعمد (٥) على أرض البحر الا لاجل اعادة حدود الملك الى ما كانت عليه »

وأما اذا كانت البحيرة مملوكة للفرد فن البديهي أن تكون الارض التى انحصرت عنها المياه ملكاً لصاحب البحيرة ، كما قلنا مثل ذلك بشأن الطمى الذى تتكون عنه زيادة بالتربة الخصوصية .

٣٢٥ - فى حكم الالتصاق الطبيعي العقارى : ترتب على الالتصاق العقارى الطبيعي أحكام هامة وهى نتيجة لما قررناه فى أن الزيادة للمالك . وعلى ذلك يمكن تقرير الاحكام الآتية :

١ . - ما دام ان الزيادة للمالك ، وليست للحكومة أو لغير المالك فانه يجب عليه أن يدفع ضريبة تقررها الحكومة بعد حصول هذه الزيادة

٢. — اذا كانت الارض مؤجرة الى الغير دخلت الزيادة فى الايجار. ويجب على المستأجر أن يدفع ايجاراً لهذه الزيادة لمالك الارض
٣. — اذا كانت الارض مرهونة رهناً عقارياً حيازياً وكانت بطبيعة عقد الرهن هذا تحت يد الدائن المرتهن اعتبرت الزيادة كما قلنا ملكاً للمالك ووجب على هذا الدائن محاسبته على غلة الزيادة طبقاً للمادة ٦٦٧/٥٤٥ مدنى
٤. — حق الانتفاع وهو حق عينى ، اذا تقرر لاحد على الارض الاصلية، تمشى هذا الحق أيضاً على الزيادة الحاصلة . قال بذلك القانون الفرنسى (المادة ٥٩٦) ولم يقله القانون المصرى ولكن يجب الاخذ به باعتباره قاعدة عامة (١)
٥. — واذا تقرر للغير حق ارتفاق على الارض الاصلية فهل يتمشى ايضاً على الزيادة ؟ يقول دى هلس (٢) وفتحى باشا زغلول (٣) بالاجاب . ونرى نحن أن لا تطلق هذه القاعدة لان فى الاطلاق مخالفة لروح حق الارتفاق باعتباره قيماً للملكية الغير . فاذا كان حق الارتفاق متصلاً كل الاتصال بالزيادة المتصلة هى الاخرى كل الاتصال بالاصل صح القول بتمشى الارتفاق على الزيادة . كحق مرور المياه مثلاً . وذلك طبيعى لانه لا يمكن الوصول لمأخذ المياه الا اذا اخترقت المسقاة الارض الاصلية والزيادة باعتبار أن الزيادة أصبحت وقد فصلت الاصل عن النيل . ولكن اذا كان الارتفاق لا يتعلق بمرور مسقاة ، انما يتعلق بأى نوع آخر من حقوق الارتفاق ولا شأن للزيادة به فانه يجب ان لا يتمشى حق الارتفاق على الزيادة مطلقاً . مثلاً حق الارتفاق الخاص بأخذ الرمال من الارض المرتفق بها ، فاذا زاد هذا المقار الاخير وكان المقدار الاصلى من الرمال كافياً للمقار المرتفق ، فلماذا يزيد هذا المقدار مع انه كافى فى أصله ؟ ألم نراه يجوز تنقيص حق الارتفاق وزيادته كلما قضت الضرورة ؟ واذا كان كذلك وجب حينئذ أن تكون الضرورة هى المقياس الذى يقاس به الارتفاق . ولذا لا نرى محلاً لهذا الاطلاق فى تمشى الارتفاق على الزيادة ، بما قال به دى هلس وفتحى باشا زغلول بغير حق

٦. — اذا بيعت الارض بيعاً معلقاً على شرط توقينى أو على أجل وظهرت الزيادة قبل تحقق الشروط وحلول الاجل كانت الزيادة من حق المشتري وليس للبائع حق مطالبته بشئها

٧. — واذا بيعت الارض بيعاً معلقاً على شرط فاسخ كالبيع الوفاى واسترد البائع العقار فى المدة المضروبة كان الاصل والزيادة له معاً . ولا يجوز للمشتري مطالبة البائع بقيمة الزيادة

٨. — اذا كانت الارض مرهونة رهنًا رسمياً وزادت اثناء قيام الرهن ، تمسح الرهن على الزيادة ، الا اذا اتفق الماقدان على خلاف ذلك يعقد الرهن (٥٦٤/ ٦٨٧ مدنى ٢١٣٣ فرلى)

٩. — اذا كان واضع اليد على الارض سائراً فى طريق التملك بمضى المدة ثم طرأت زيادة على الارض اثناء التقادم تملك واضع اليد الاصل بالتقادم وكذلك الزيادة ولو أنه لم تمض مدة التقادم على الزيادة

٣٢٦ — فى تحويل الارض وفى الجزر : يحصل أن النيل بقوة جريانه يأكل ماؤه جزءاً من املاك المجاورين للنيل ، ثم يتبين أن هناك زيادة حصات أيضاً بالشاطىء^(١) . وجرت العادة على تسمية هذه الحالة « بتحويل الاراضى بقوة جريان النيل »^(٢) أو « طرح البحر » وهى تسمية مجازية لانه لم يحصل تحويل من أرض اكلتها المياه ، ثم ظهور أرض بجهة أخرى من الشاطىء ، لان الارض التى ظهرت ليست هى الارض التى اكلت . هذا فيما يتعلق بالتحويل

وأما الجزر فهى على نوعين . نوع يحصل بطريق انفصاله عن الارض المملوكة للافراد فتأتى المياه فتشق الارض وتفر فيها على شكل فرعين فتتخلف بين الفرعين

(١) وهذا مايسى Avulsion (كابتلان ٨٦٧) أو Érosion (ج ع ٣ ص ٢٠٨)

(٢) Déplacement

جزيرة . هذه الجزيرة ملك للمالك الارض المشقوقة . انما مجرى الفرعين يصبحان خارجين عن ملكه ويلحقان بالمنافع العامة . ونوع يحصل من تخلف الطمي وتراكمه في وسط مجرى النيل . ولهذا النوع الأخير أحكام خاصة

وللتحويل والجزر المتخلفة وسط النيل أحكام معينة وردت باللائحة السعيدية الصادرة في ٢٤ ذى الحجة سنة ١٢٧٤ (٥ أغسطس سنة ١٨٥٨) وفي ذلك تقول المادة ٦١/٨٥ مدني ما يأتي : « أما الاراضي التي يحولها النهر بقوة جريانه والجزائر التي تتكون فيه فيتبع فيها منطوق اللائحة الصادرة في سنة ١٢٧٤ » وقد وردت هذه الاحكام بالمادة ١٣ من اللائحة المذكورة (١)

أما هذه الاحكام فهي تلخص فيما يأتي :

٣٢٦- عن التحويل . واحكامه هي : (٢)

١ - اذا حصل التحويل بقرب البلد الذي جرف النهر اراضييه وكان الجزء المحول متصلا بطرف من تلك الاراضي فالزيادة تقسم بين الذين جرفت اراضيهم بنسبة ما يملك كل واحد منهم ولاحق فيها لاصحاب الاراضي التي تنصقت بها الزيادة .

٢ - اذا لم تكف الزيادة لسد العجز رفعت أهوال ما ضاع على الملاك

٣ - اذا زادت الارض الجديدة عن حقوق اصحاب الاراضي التي نقصت فالزيادة تباع بالمزاد لاهل البلد المجاورة لها أي للزيادة (٣)

٤ - اذا كانت الزيادة بعيدة عن البلد التي نقصت اراضيها تباع الزيادة بالمزاد وتعطى لصاحب العطاء الاكبر أيا كان

وحكم التحويل بالقانون الفرنسي مبين بالمادة ٥٥٩ (٤)

(١) انظر هذه اللائحة بقاء وس الادارة والقضاء لجلاء بك ج ١ ص ١١٨ - ١٢٥ والتعديلات التي حصلت بها ص ١٢٥ - ١٢٦ تحت عبارة (أطيان زراعية)

(٢) فتحي زغلول باشا ص ٧٢ - ٧٣ - دي مجلس ج ١ ص ٢٦ - ٢٨ ن ٣١ - ٤٠

(٣) م ت ق ، ٢٩ ، ٣٦٤ (٤) كتابتان ص ٨٦٧

٣٢٧ - الجزر . يلاحظ فيها مايتأتى :

- ١ - الجزر التى تتكون فى مجرى النيل ولم تكن منفصلة من أرض مملوكة من قبل تصبح حقاً للحكومة
 - ٢ - تباع الجزر المذكورة بالمزاد . ولا يقبل المطاء الا من أهالى البلاد المقابلة أطيانها للجزيرة من الجانبين
 - ٣ - الزيادة التى تحصل فى الجزر بعد بيعها تعطى للملاكها مقابل ثمن يدفعونه باعتبار الثمن الذى اشتروا به الجزيرة أولاً . مع أنه كان من اللازم أخذاً بأحكام الالتصاق الطبيعى المقارئ أن تكون الزيادة ملكاً لمالك الجزيرة
 - ٤ - اذا نقصت الجزيرة بقوة الجريان يرفع مال ما تقص
- وحكم الجزر بالقانون الفرنسى مبين بالمواد ٥٦٠ - ٥٦٢ مدنى والمادة ٥٦٣ المعدلة بقانون ٨ ابريل سنة ١٨٩٨^(١)

٣٢٨ - السلطة المختصة بتنفيذ اللائحة السعيدية فيما يتعلق بطرح البحر

والجزر : صدرت اللائحة السعيدية سنة ١٨٥٤ بالطريقة التشريعية المعروفة فى ذلك الوقت وهى الطريقة التى تبينلت فى مقدمة تلك اللائحة^(٢) اذ وضعها أولاً مجلس الاحكام ثم عرضت على الاعتاب السنوية ثم اطلع عليها المجلس المخصوص ثم عرضت على بعض مديرى الوجه البحرى والقبلى بالداخلية ، ثم عرضت أخيراً على المذيرين والمجلس المخصوص معاً وانتهت بما هى معروفة به الآن . وتقرر فى خاتمة تلك اللائحة^(٣) بأنه اذا طرأت حالة لم تكن مبنية باللائحة فتعرض على المجلس المخصوص ثم على الاعتاب السنوية ثم تصدر بها الارادة العلية

وقد بينت المادة ١٤ ، وهى قبل المادة الأخيرة من اللائحة ، الاحكام التى يجب اتباعها فى طرح البحر من تحويل وجزر . والغرض من هذه الاحكام كما رأينا أن

(١) كابتان من ٨٦٨ - ٨٦٩ (٢) قاموس الادارة والقضاء ج ١ ص ١١٨

نسخة عربية (٣) . جلد بك ج ١ ص ١٢٥

تبين لسلك مالك مقدار حقه وكميته في طرح البحر . وكانت الادارة من ذلك العهد هي التي تتولى تقسيم طرح البحر على مستحقه بالكيفية المبينة باللائحة . فاذا اختلف صاحب الحق مع الادارة في شيء فما كان له من سبيل في التظلم بمنازل به حيث كانت سلطة القضاء بمرتبة بسلطة الادارة ، والسلطان لا أثر لها أمام سلطة الحاكم الذي كان يجمع في يده هاتين السلطتين مع السلطة التشريعية

ولما انشئت المحاكم المختلطة سنة ١٨٧٥ انفصلت السلطات الثلاثة عن بعضها البعض بالنسبة للاجانب مع المصريين ، ثم تقرر انفصالها بالنسبة للمصريين أيضاً سنة ١٨٨٣ بإنشاء المحاكم الاهلية . وعلى ذلك أصبحت كل سلطة وقد تحدد لها اختصاصها بحيث لا يجوز للواحدة التعدي على الاخرى . وتميزت سلطة القاضي عن سلطة الحاكم . وأصبح للقاضي دستور يتبعه وهو القانون المجموع بمواد^(١) فلا يعرف الا غيره ، بحيث اذا لم ينص به على شيء أُلزم بالاخذ بالعدالة ، والا أصبح مسؤولاً مدنياً وجنائياً فيما اذا أبى الحكم في الدعوى . وكذلك الادارة فقد سلخ منها ما سبق أن تقرر لها في عهد حصر السلطات الثلاثة في يد واحدة ، وأصبح لها قدر ضئيل من السلطة القضائية وتسمى بالقضاء الاداري وهو قضاء مبين كل التبئين باللوائح والقوانين المنفردة

هذا وقرر الشارع المختلط سنة ١٨٧٥ بالمادة ٨٥ والاهلي سنة ١٨٨٣ بالمادة ٦١ بأن توزيع الاراضى المتخلفة عن النيل وتوزيع الجزائر التي ظهرت في مجرى النيل يحصل بالنسب والمقادير المبينة باللائحة السعيدية^(٢) وهذا الافصاح من جانب الشارع قاطع في أن حقوق المجاوزين للنيل أو لاترع العامة يرجع في تكوينها وتعيين مقاديرها الى اللائحة السعيدية . ومعنى ذلك أنه اذا اختلف الجيران فيما بينهم وجب عليهم الرجوع للقضاء العادى باعتبار السلطة الوحيدة المنصبة من الشارع للفصل في الخصومات بين الافراد . وعلى القاضي في هذه الحالة أن يأخذ

(١) Codes (٢) راجع النص الفرنسي للمادة فانه أوضح بياناً وآثر في جلاء المعنى

الصحيح من ذلك النص العربي الذي ورد بالنسخة العربية

بالمادة ١٤ من اللائحة السعيدية وهي المادة التي عينت الحقوق ورتبت لها أحكامها ومقاديرها ونسبها . وربما كان يجدر بالشارع بأنه بدلا من أن يقول بالرجوع في مقادير هذه الحقوق ونسبها الى اللائحة السعيدية ، أن ينقل المادة ١٤ المذكورة من اللائحة ثم يأتي بها بالمادة ٨٥/٦١ مدني . ولكنه استعاض عن النقل بالاشارة اليها وضرورة الاخذ بها

على ذلك يمكننا القول بأن السلطة القضائية الحاضرة بعد سنتي ١٨٨٣ و ١٨٧٥ أصبحت هي المختصة دون غيرها بالفصل في المنازعات التي تقوم بين الافراد بشأن طرح البحر وجزره ^(١) بمعنى أنه اذا تخصم الافراد بشأن هذه الاراضي أمام القضاء وجب قبول الدعوى شكلا ، والبت فيها موضوعا طبقا للسادة ١٤ من اللائحة السعيدية ، أي يحكم بتثبيت ملكية الارض المتنازع فيها وتسليمها لصاحبها أو يحكم برفض الدعوى ، تبعا للظروف وأدلة كل خصم

هذا وقد جاءت اللائحة السعيدية خلواً من أي عبارة تفيد في أن توزيع أراضى طرح البحر وجزره هو من اختصاص السلطة الادارية

ولكن للأسف هناك قضاء يقضى بعكس ماقررنا وبعكس ما أيدنا فيه بعض القضاء ، ويقول بأن السلطة الادارية هي المختصة دون السلطة القضائية بتنفيذ اللائحة السعيدية ، وعلى الاخص بتنفيذ المادة ١٤ منها الخاصة بطرح البحر وجزره ويستند هذا القضاء الغريب الى الحجج الآتية :

(١) ان طرح البحر وجزره هو من الاملاك العامة . وأن الحكومة هي التي تتولى بمقتضى اللائحة السعيدية حق توزيعها على الافراد طبقاً للقيود الواردة بها . وان قراراتها في هذا الشأن قاطعة لا تقبل استئنافاً . فإذا عرض نزاع من هذا القبيل وجب على القضاء أن يبحث فيما اذا كانت الارض المتنازع فيها هي من طرح البحر

(١) محكمة الموسيقى الجزئية في ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٠٦ م ر ٨ ، ١ ص ٦٨ رقم ٩٤ — محكمة أسيوط الابتدائية في ٢٩ يناير سنة ١٩١٦ م ر ١٨ ، ١ ص ٩٦ رقم ٥٥ وألني هذا الحكم من محكمة الاستئناف بتاريخ ٧ مارس سنة ١٩١٧ م ر ١٨ ، ١ ص ٩٦ رقم ٥٥ كما سيأتي ذكره

وجزره أو من الاراضى المملوكة للأفراد فى الاصل . فإذا كان الاول وجب على القضاء الاخذ بقرار الادارة كما هو . وإن كان الثانى فلا شأن للادارة وقرارها غير نافذ . وقرار الادارة بشأن اللامحة السعيدية قرار يعتبر من الاعمال الادارية ^(١) ولا يسمى عملاً من أعمال السيادة العامة ^(٢)

(٢) يقول القضاء بأن اللامحة نصت على أن توزيع هذا النوع من الاراضى هو من اختصاص السلطة الادارية . وانه ما دام كذلك فيجب اعتبار حمل الادارة خارجاً عن نقد القضاء له ، الا اذا خالف القوانين واللوائح ، اذ يجوز الحكم بتعويض فقط مع عدم المساس بالعمل الادارى وذاته ، وذلك أخذاً بالمادة ١١/١٥ من لائحة انشاء المحاكم الاهلية والمختلطة ^(٣)

أما هاتان الحجتان فلا ينهضان أمام البيان التاريخى والبيان التحليل للمادة ٦١/٨٥ مدنى ، وذلك

١ . — لان المادة ٦١/٨٥ المذكورة انما نصت فقط على بيان النسب والمقادير التى يجب الاخذ بها عند توزيع طرح البحر ، بدليل ما ورد بالنص الفرنسى لها ^(٤)
٢ . — ان المادة ٦١/٨٥ مدنى لم تنص مطلقاً أن يكون التوزيع بواسطة الادارة

٣ . — ان اللامحة السعيدية نفسها لم تقل هى الاخرى مطلقاً أن التوزيع يكون بمعرفة السلطة الادارية ، على خلاف ما قرره بعض الاحكام بلا حق .

(١) Acte administratif أو Acte d'administration

(٢) Acte de souveraineté : استئناف م ١٢ مارس سنة ١٩٠٢ م ت ق ، ١٤ ،

١٨٣ . — ج ع ٢ ص ٨ ن ١١ — مجموعة عياشى ص ٣٠٨ ن ١٤٢٧

(٣) استئناف ٧ مارس سنة ١٩٧٧ م ر ا ، ١٨ ص ٩٦ رقم ٥٥ . وهو لمشور أيضاً بالحقوق

٣٣ ص ١٠ والشرائع ٤ ص ٣٥٣ رقم ١٠٣ . — محكمة أسبوط الكلية فى ١٣ نوفمبر سنة

١٩٢٠ المحاماة ٢ ص ٤٤ رقم ١٨

(٤) وهذا النص هو : « Les attributions des terrains déplacés par le

fleuve, et des îles formées dans son lit sont réglées conformément au décret de 1274 »

ولقد راجعنا نصوص هذه اللائحة الواحد بعد الآخر فلم نجد أثراً لذلك البتة

٤ . — ان قيل بأن أصل طرح البحر وجزره من المنافع العامة ، فانه لا يترتب على ذلك حتماً أن تتولى الادارة توزيعها من طريق الاعمال الادارية التي لا تقبل طعناً مبطلاً لها . على أن القول بأن الزيادة من المنافع العمومية فانها ان تحققت في الجزر فلا تتحقق فيما يأكله البحر هنا ويكونه أراضى بالطمى هناك

٥ . — أليس مما يدعو للغرابة والدهشة أنه اذا خالفت الادارة قيود توزيع الاراضى فلا يمكن طلب تصحيح الخطأ واعطاء صاحب الحق حقه طبقاً لللائحة ، بل يجب فقط الزام الحكومة بتمويض ، لان توزيعها عمل ادارى وهو خارج عن تأويل القضاء له أو المساس به بل كل ما له هو الحكم بتمويض فقط أخذاً بالمادة ١١/١٥ من لائحة إنشاء المحاكم الاهلية والمختلطة ؟ لا يمكن اعتبار ذلك عملاً ادارياً بالمعنى الصحيح لان العمل الادارى هو ما تعلق بالاعمال العامة في تنظيم احوال الناس وربطها بحسن النظام . وأين ذلك من توزيع الحقوق المالية على أصحابها ؟

٦ . — يقول القضاء في تعليل رأيه : « وحيث أن حكمة ذلك جلية لان أطيان طرح البحر يجب أن توزع عدلاً على كل من أكل البحر من أرضه ، وذلك يقطع النظر عن مكان الطرح ومكان الاكل . وليس في مقدور أحد مثل الادارة أن يتولى هذا العمل بقدر ما يستطيع من العدالة » وهو تعليل يدعو للدهشة . كأن العدالة في هذا التوزيع أصبحت وفقاً على الادارة دون القضاء ، وان هذا الاخير لا يستطيع الوقوف على حقائق الحال والاخذ بالعدالة ، مع ان النزاع يرجع دائماً الى شهادة الشهود وتقديرها والى كشف مصلحة فك الرمام . وهل تملك الادارة من الوسائل العملية القانونية ما تستطيع معه أن تفصل في نزاع اضطربت فيه الشهادة وتعارضت مع الكشف ، أكثر مما يملكه القاضى بفنه وعلمه في القانون ، وفي مثل هذه المسائل على الاخص ؟ أليس عند الضرورة يعين خبير حالف لليمين فيبحث النزاع ويقدم تقريراً يتناوله النقد من طريق القانون من جانب طرفي الخصومة القائمة ؟

أليس الحكم الذي يصدر يخضع هو الآخر أيضاً لوسائل الطعن فيه بالمعارضة والاستئناف والتماس اطادة النظر ؟

أليست هذه كلها ضمانات للمدالة اكثر بكثير مما لا ضمانات مثلها تأخذ بيد المدالة اذا تولت الادارة التوزيع حيث لاخير ولا استئناف ولا يمين ولا مرافعات؟ المبدأ الصحيح هو ما ذهبنا اليه ، ويؤيدنا فيه كما رأينا بعض الاحكام والتاريخ ونصوص القانون بل وروح القانون اذا أخذنا بهذه الكلمة المهمة « المدالة »

٢٥ - في حق التملك لبعض الحيوانات

بواسطة الالتصاق

٣٢٩ - قرر القانون الفرنسي هذا النوع من التملك بالالتصاق بالمادة ٥٦٤ فقال « بأن الحمام الذي ينتقل من برج الى برج والارانب من غيط الى غيط والسمك من ترعة الى ترعة تصبح ملكا لمن انتقلت اليه على شرط أن لا يكون ذلك مشوباً بالغش والتغريب » ولا شك ان السبب في التملك انما هو اتصال هذه الحيوانات بالملك الآخر . وليست المادة الفرنسية واردة على سبيل الحصر بل هي على سبيل التمثيل . وقد لاحظ بعض الناقدين تعارضاً بين هذه المادة والمادة الفرنسية ٥٢٤ القائلة بأن الحمام والاسماك تعتبر عقاراً حكماً بالاتصال مع الارض اذا وضعت بمعرفة المالك . ويرد البعض على الناقدين بأن لاتعارض لان المادة ٥٦٤ انما تملك بالالتصاق لا بالتخصيص الذي تملك به المادة ٥٢٤ . وأما وسائل الغش والتغريب فهي مسائل موضوعية ترجع لظروف كل حالة على حدة . واذا فرت هذه الحيوانات من طريق الغش جاز للمالكها الاصلى طلب تثبيت ملكيته لها اذا تعرف عليها وتميزت هي الاخرى تمييزاً نافياً للجهالة ، على عكس ما يقرره بعض الشارحين في انه لايجوز له سوى مجرد المطالبة بتعويض . وفي ان المادة ٢٢٧٩ مدني مدني فرنسي القائلة بجحيزة المنقول تملك والمقابلة لهواد ٦٠٧/٧٣٣ مدني و٦٠٨/٢٣٤ مدني مصري تحول دون المطالبة بالحيوانات في ذاتها ، ولكن يرد

عليهم ان قاعدة « حيازة المنقول سند الملكية » لا يصبح الاخذ بها الا اذا كان هناك حسن نية لدى المشتري . وفوق ذلك فان هذه الحيواتات تعتبر في حالة الالتصاق عقاراً بالالتصاق ^(١) .

٢ - في التصاق المنقول

بالمنقول

٣٣٠ - يراد بالتصاق المنقول بالمنقول ^(٢) اندماج ^(٣) منقول بمنقول آخر واتحادهما معا ^(٤) ويسمى هذا الالتصاق تارة ضما ^(٥) أو تحويلا ^(٦) أو مزجا ^(٧) وقررت المادة ٩٢/٦٧ مدني ٥٦٥ فرنسي ما يأتي : « اذا اختلط أو التصق ^(٨) شيئان من المنقولات كل واحد منهما مملوك لشخص بحيث لا يمكن تفريق أحدهما من الآخر بدون حصول تلف ^(٩) لهما فلهما كما ان تنظر في ذلك بمقتضى أصول العدالة ^(١٠) مع مراعاة الضرر الذي يحدث ومراعاة أجوال المالكين واعتقاد كل منهما عند الاختلاط أو الالتصاق »

وللالتصاق هذا مهما اختلفت تسميته الاحكام الآتية :

اذا كان المنقولان مملوكين لشخص واحد أصبح هو المالك للشيء الجديد الذي تكون باتحاد الشئين . وهذا بديهي

واذا كان الشئان مملوكين لشخص واحد وكان بينهما تراض صريح أو ضمنى بشأن مزج الشئين وجب الاخذ بتراضيهما هذا . وهذا هو ما يحصل عادة ويفلب وقوعه . وأما ما قرره القانون الفرنسي في المواد ٥٦٦ — ٥٧٧ من القواعد المأخوذة عن الرومان فانها خاصة بحالة ما اذا وقع المزج بطريقة عرضية أو من طريق الغلط ^(١١) دون ان يسبقه اتفاق وتراض عليه . ويظهر أن الشارع المصري

Accession mobilière (٢)	٨٧٠ — ٨٦٩	(١) كابتان ص
Adjonction (٥)	Union (٤)	Incorporation (٣)
Réunis (٨)	Mélange (٧)	Spécification (٦)
Erreur (١١)	Règles de l'équité (١٠)	Détérioration (٩)

في اكتفائه بالمادة ٦٧/٩٢ مدني وفي نقلها عن المادة ٥٦٥ الفرنسية العامة قدر رأى التعميم من حيث الاخذ بالعدالة ، وربما لا تتعارض هذه المواد الاخرى الفرنسية التي لم ينقلها الشارع المصري ، مع العدالة أيضاً

واذا حصل المزج بطريقة عرضية فانه يجب ملاحظة الاخذ بالمواد ٦٠٧/٨٣٣ و ٧٠٨/٣٣٤ مدني ٢٢٧٩ فرنسي في أن حيازة المنقول سند الملكية ويعتبر الحائز للمنقول مالكاً له حتماً

وأما عند الغلط أو سوء النية فانه يجب مراعاة العدالة ومبلغ ما يقع بأحد المالكين من الإضرار فيما اذا تقرر فصل الشيئين عن بعضهما البعض مع ضرورة الأخذ بأن هناك من بين الشيئين ما يعتبر الاصل . ويجب أن يقضى لصاحبه بملكية ما اتصل به أخذاً بالقاعدة القائلة بأن الفرع يتبع الاصل^(١) أما أنواع هذا الالتصاق في المنقول فهي :

١) الضم^(٢) : وهو اتحاد شيئين يظان متميزين مع ذلك عن بعضهما مثل وضع صورة باطار . ويعتبر المالك للاصل^(٣) هو المالك للشيء الجديد وعليه دفع قيمة التبع^(٤) (المادة ٥٦٦ فرنسي)
وتتميز الاصل عن التبع بمراعاة ما يأتي :

١ — ان الشيء التابع هو ما روعي في ضمه الى الاصل التسهيل في استعمال هذا الاصل أو العمل على زخرف أو تكميله بهذا التابع (المادة ٥٦٧ فرنسي) ويستثنى من ذلك في حالة الزخرف ما اذا كان الشيء المضاف أثمن بكثير من الشيء المضاف اليه وهو الاصل . وفي هذه الحالة يجوز للمالك الفرع طلب فصل الشيئين وأخذ ما يملكه ولو ترتب على ذلك تلف للاصل (المادة ٥٦٨ فرنسي)

٢ — واذا لم يلاحظ في الضم لا الزخرف ولا سهولة الاستعمال وجب اعتبار الاصل في الشيئين ما كان أكثرهما ثمناً وأعلى قيمة

٣ - وعند تساوى القيمة والثن يؤخذ بما كان أكبر حجماً (المادة ٥٦٩ فرنسي) وإذا تعذرت معرفة الاصل والتابع جاز لكل مالك من مالكي الشيئين أن يطلب فصل المنقول عن الآخر اذا لم يحصل ضرر من الفصل . وأما اذا حصل ضرر اعتبر الشيء الجديد ملكاً للثنتين معاً (المادة ٥٧٣ فرنسي) ويجب بيعه بالمزاد ^(١) واقتسام ثمنه (المادة ٥٧٥ فرنسي)

٢ (في المزج ^(٢) : وهو اتحاد شيئين مع بعضهما البعض بحيث يصبح كل منهما بعد المزج غير متميز عن الآخر . مثلاً مزج سائلين أو تسبيح معدنين قطعة واحدة : وهنا يختلف المزج عن الضم

وحكم المزج أن مالك الاصل ، باعتباره مالكا لثن الشيئين ، يصبح مالكا للشيء الجديد مع دفعه قيمة الشيء الآخر الى مالكه . واذا تعذرت معرفة الاصل اعتبر الشيء الجديد ملكاً للثنتين معاً ويبيع بالمزاد ويقسم ثمنه (٥٧٣ - ٥٧٤ فرنسي)

٣ (في التحويل ^(٣) : وهو العمل على إيجاد شيء جديد من طريق تحويل مادة من المواد . كتحويل الخشب الى طاولة والرخام الى تمثال . ولا يعتبر ذلك ضمًا مادام أنه لا يوجد شيئان متميزان . على أنه مع تدقيق النظر يرى أنه ان لم يوجد شيئان فإنه قد وجد قدران ^(٤) وهما المادة والعمل

فاذا فرض وجاء حامل وحول مادة مملوكة للغير وبدون علمه ، فلن تكون ملكية الشيء الجديد الناتج عن التحويل ؟ من السهل الاستماعة بالمادة ٦٠٧/٧٣٣ و ٦٠٨/٧٣٤ مدني و ٢٢٧٩ فرنسي في حل الاشكال . ولكن الرومان قد أوسعوه جدلاً حيث لا توجد لديهم هذه القاعدة المقررة بالمواد ٦٠٧ و ٦٠٨ المذكورة ، واختلفوا فيه اختلافاً بيناً انقمم له يذهبان معروفان في العصر العلي للرومان وهما مذهب السابنيين ^(٥) والبروكوليين ^(٦) إذ قال الاولون بملكية الجديد

Spécification (٣)	Mélange (٢)	Licité (١)
Les procuiliens (٦)	Les sabinien (٥)	Valeurs (٤)

لمالك المادة ، ونظر الآخرون على الاخص الى الشكل وقالوا بالافضلية للعامل . ولما جاء جوستينيان حسم النزاع ووضع التفرقة الجديدة الآتية . وهى أنه اذا سهل رد الجديد الى المادة الاولى اعتبرت هذه الاخيرة كأنها لم تزال موجودة ، كأناء من المعدن يسهل رده الى قطعة خام من المعدن . بمعنى أن المادة تعتبر ملكا لمالكها الاول على شرط دفع تعويض للعامل . وأما اذا تبين العكس واستحال رد الجديد الى المادة الاولى ، كما اذا صنع من اللبن زبداء ، ملك المحول ^(١) الشئ الجديد بعد دفع تعويض لمالك المادة الاصلية

أما القانون المدنى الفرنسى فانه أبى الأخذ بهذه التفرقة التى قال بها جوستينيان وقال برأى يمكن التوفيق به بين مذهب جماعة السابنيين والبروكوليين . اذ علق ملكية الجديد على مبلغ أهمية المادة الاولى وأهمية العمل الذى قام به العامل ، فيما اذا كانت تقرر لمالك المادة أو للعامل ، مع تقرير تعويض لمن حرم من الملكية . وقرر قواعد معينة لاحوال خاصة فيما اذا استعان العامل بمواد له مع المادة الاصلية ^(٢)

٣٣٢ - نظرية ، التصاق المنقول بالمنقول ، والعمال : قد اشتغلت أدمغة المفكرين كثيراً فى كل آن بهذه الحركة العالمية الكبرى الخاصة بتحديد أجور العمال وتبيين القواعد الاساسية التى يرجع اليها فى التقدير . وكانت الآراء متفقة على أن الأجر لم يخرج عن كونه ثمناً لاجارة الشخص وهو العامل حيث يؤجر عمله لرب العمل ، والاثنان يتفقان على الاجر باعتبار ان العقد قانون المتعاقدين . ولكن هذه القاعدة المدنية الصرفة قد استولاهما شذوذ مختلف الالوان جاءها من أنواع التطور والتغير فى عالم الحياة الصناعية حتى كان لعصبة العمال ونقاباتهم المختلفة ، وما قرروه من وسائل الاكراه غير المباثر كالاضراب وغيره ، أثر فى المساس بهذه القاعدة ، وكان لتدخل الشارع نفسه أيضاً أثر ظاهر فى معالجة

(١) Spécificateur (٢) راجع فى ذلك كله المواد ٥٧٠ - ٥٧٢ مدنى فرنسى

— كولين وكابتن ج ١ ص ٨٧٢

ما يتصدع لاجله بناء الحركة الصناعية . فكان يصنع هو الآخر قوانين بمصنع التشريع يأخذ فيها بنصيب وافر في حماية العامل ازاء مستأجره . وبينما الحال كذلك اذ انبرى قانونى معروف « شاتلين »^(١) ووضع رسالة^(٢) بحث فيها عن حقيقة الكيان القانونى للعقد المعقود بين العمال وأرباب المصانع والمعامل وفاجأ رجال القانون بهذا الرأى الجديد اذ قال بأنه من الخطأ ان يظل رجال القانون هذه الازمان الطويلة وهم لا يخرجون في تكييف العقد الحاصل بين العامل ورب المصنع عن عقد اجارة الاشخاص ، مع أن الحقيقة هي على غير ذلك . لان هناك طائفة لا عداد لها من المحولين وهم طائفة العمال يجب ان تسرى عليهم مواد التحويل وعلى الاخص المادتان ٥٧١ و ٥٧٢ من القانون المدنى الفرنسى . وعلى هذا الرأى يكون للعامل تارة اما حق على المادة التى يشغل فيها بدلا من ان يتقاضى أجراً على عمله ، واما أن يكون له تعويض بقدر ما زاد فى المادة من القيمة بسبب تحويلها الى شئ جديد . وفى الاخذ بهذا الرأى ثورة اقتصادية هامة . ولكن الناقدين تقدوا على صاحب هذا الرأى خروجه عن اصول التحويل فذهبت بنقد آمال كبار كانت ترجى من وراء هذا الرأى على ما يقوله صاحبه . ذلك لان صاحب الرأى لم يلتفت الى أنه لا يؤخذ بهذا النوع من الالتصاق ، التصاق المنقول بالمنقول ، الا عند عدم وجود اتفاق سابق بين الطرفين ، مالك المادة والعامل . والدليل على ذلك قول المادة ٥٦٥ مدنى فرنسى بأنه لا يؤخذ بالقواعد المقررة بما يأتى بعدها من المواد ، الا عند عدم وجود اتفاق سابق . وفوق هذا فانه لا يؤخذ بهذا الالتصاق الا اذا كان قد حصل عرضاً وعلى غير علم من المالك كما تقول المواد ٥٧٣ و ٥٧٦ و ٥٧٧ فرنسى^(٣) واذن لا تنطبق الحالة القانونية

Chatelain (١)

De la nature du contrat entre ouvriers et entrepreneurs. étude (٢)
critique de droit économique. — Voir compte rendu par Geny, Revue
trimestrielle de dr. civ. 1902, p. 333.

(٣) كاتلان ص ٨٧٢

الحاصلة بين العامل ورب المصنع على حالة الالتصاق . ولكل حالة قواعد وأصول ترجع لكيانها الخاص بها

في نظرية وضع اليد

(١) في الاحكام العامة لوضع اليد

٣٣٢- هذه نظرية وضع اليد^(١) وهى ثنائية الاداتين فى التملك بحكم القانون للحقوق العينية والملكية بوجه عام ، ومع مراعاة شروط خاصة وهى وضع اليد المستمر مدة زمن معين ، وهو ما يسمى بالتملك المكسب بطول المدة أو التقادم^(٢) على أن لوضع اليد آثار قانونية أخرى غير تلك الملكية وتملك الحقوق العينية . ولو أن القانون قد طالع نظرية وضع اليد بالباب الخاص بالتملك بمضى المدة أو التقادم فانا لا نرى بداً من أن نأتى هنا على شتات هذه النظرية الهامة ونلمسها بحد أن نجمع لها ما تشقت منها فى مواطن أخرى

(٢) فى تعريف وضع اليد

والآثار القانونية المترتبة عليه

٣٣٣- ان لجرد وضع اليد على شيء من الاشياء ، أى مجرد القيام باجراء حق من الحقوق عليه ، آثاراً قانونية هامة ، بصرف النظر عما اذا كان الحق موجوداً فى الحقيقة والواقع أم غير موجود . ذلك لأن القانون يحمى وضع اليد لجرد أنه وضع يد ، وفى ذلك ما فيه من الغرابة والدهشة . فان كان واضع اليد ذى حق ، أى مالكا ، فلا دهش ولا غرابة . ولكن اذا كان غير ذى حق أى غير مالك ، ألا يرى انه من التناقض والتعارض أن يحمى القانون ذير المالك فى شيء لا يملكه هو بل يملكه الغير ؟

على أن حماية واضع اليد مالكا كان أو غير مالك حماية مقررده فى جميع

الشرائع . وهذا يقطع في أن هذه الحالة القانونية نتيجة لضرورة اجتماعية لا تتغير في الاوساط المختلفة

وسنرى فيما بعد الاسباب التي دعت الشارع الى تقرير قواعد واضح اليد وأصوله بالقانون الموضوع المسطور . ونرى هنا ضرورة الاشارة الى اثنين منها وهما أهمها

الاصل الاول : في الغالب وفي الغالب دائماً أن من يظهر بظهر من له الحق أى من يضع يده على شيء فيتملك بذلك حقاً ، انما هو في الغالب الاغلب المالك الحقيقي للشيء . وفي الغالب أيضاً أنه يصعب على هذا المالك اثبات حقه في المالك لانه يجد من التعقيد في اثباته ما يضايقه وما يهدد حقه . لذا يجدر بالشارع أن يمد واضح اليد هذا بمعونة مؤقتة من عنده ما دام أن ظاهر الحال يؤيده ، وما دام أن الحقوق المستورة التي ربما تكون للمالك الحقيقي لا يخشى عليها اذ يمكن المطالبة بها .

الاصل الثاني : وبما يؤكد صحة وجهة هذا النظرائه اذا لم تقرر هذه القاعدة قاعدة حماية واضح اليد ، وقام نزاع بشأن وضع اليد هذا وترتب عليه نزاع يد الحائز من المقار لمجرد حصول النزاع في حق الملكية بالذات ، لترتب على ذلك صنوف عدة من الاعتداءات مما لا يجوز أن يغفل عنها . لذا كانت المصلحة العامة تجدد بالشارع دائماً وأبداً على العمل على حماية وضع اليد هذا ، أى حماية هذه الحالة المادية الظاهرة^(١) ، باعتبارها تمثل الحقيقة في الواقع غالباً وأن مظاهرها الخارجية تطابق في الغالب الحق الصحيح .

٣٣٤ - وأما النتائج القانونية أوسوء النية لوضع اليد فهي كثيرة . وترجع في أهميتها الى ما لواقع اليد من حسن النية أوسوء النية ؛ فيما اذا كان الشيء محل اليد منقولاً أو عقاراً . وهذه النتائج هي :

(١) لوضع اليد ثلاث فوائد حتى ولو كان مشوباً بسوء النية :

١ - لو اضع اليد الحق بالاحتفاظ بالشئ والاستفادة من وضع اليد مادام أنه لم يتم الغير باثبات ملكيته له . ويترتب على ذلك أنه اذا قام نزاع بين الاثنين واضع اليد ومدعى الملكية اعتبر اضع اليد مدعى عليه . وفي ذلك أهمية لا يستهان بها لان عبء الاثبات يكون على عاتق المدعى

٢ - ان واضع اليد ، وعلى الاخص اذا مضى على وضع يده مدة سنة كاملة على عقار ، في حل من الانتفاع بالداوى الخاصة المسماة بدعاوى وضع اليد ^(١) والاستمانة بها في العمل على الاحتفاظ بوضع اليد واستقراره لديه دون الغير اذا نازعه منازع وتعرض له متعرض ، أو العمل على طلب رد العقار اليه فيا اذا غصبه فاصب

٣ - واذا مضت مدة ١٥ سنة على وضع اليد أصبح واضع اليد وقد اكتسب حقه على العقار بطريقة نهائية ، وهو ذلك الحق الذي كان يعمل على الانتفاع به واستغلاله بوضع اليد ، اذا فرض ولم يكن له هذا الحق ملكاً صحيحاً من قبل . والمتملك بمضى المدة لوضع اليد هو أهم آثاره . وهو وسيلة قررها القانون بالذات في اكتساب الملكية ^(٢) وتسمى بالتملك بمضى المدة الطويلة أو التقادم ^(٣) . ونظراً لأهمية وضع اليد هذا رأينا أن نجعل له محلاً هنا بين الطرق المقررة بالقانون في اكتساب الملكية والحقوق العينية

(٢) أما اذا كان واضع اليد حسن النية على الاخص فلو وضع اليد ثلاثة نتائج خاصة :

١ . - اذا كان الشئ محل وضع اليد عقاراً اكتسبت ملكيته بعد زمن قصير وهو مدة خمس سنوات بدلاً من ١٥ سنة

٢ . - يكتسب واضع اليد حسن النية الثمرات التي يجنيها أولاً فأولاً . فاذا جاء المالك الاصلى وطلب رد ملكية العقار اليه فلا يلزم واضع اليد حسن النية

(١) Actions possessoires (٢) Acquisition lege

(٣) Usucapion أو Prescription acquisitive

أن يرد الثمرات التي جناها لا أصلاً ولا ثمناً

٣. — يعتبر لوضع اليد في المنقول، وعلى الاخص المنقول المادى، ميزة خاصة من العقار، اذ يترتب عليه في الحال تملك واضع اليد له تملكاً غير موقوف على زمن فيما اذا كان واضع اليد حسن النية، الامر الذي ينجم عنه سلب الملكية عن المالك الحقيقي لارتكاب هذا الاخير ذلك الخطأ في انه تخلى عن المنقول وقتاً ما. وذلك تطبيقاً للقاعدة المعروفة المقررة بالمواد ٦٠٧/٧٣٢ و ٦٠٨/٧٣٤ مدينى ٢٢٧٩ فرنسى وهى « حيازة المنقول سند الملكية »^(١)

هذا وزى أن زجىء القول فيما يتعلق بدطاوى وضع اليد الى أن يأتى دور التكلم على الضمانات القضائية المقررة للملكية والحقوق العينية، وعلى أدلة اثبات الملكية والحقوق العينية. وزى هنا محلاً للتكلم على التملك بالتقادم وعلى تملك الثمرات بمعرفة واضع اليد حسن النية وعلى قاعدة « حيازة المنقول سند الملكية له » ولكن لما كان وضع اليد لا ينتج نتائج القانونية الا اذا توافرت فيه شروط خاصة وخصائص معلومة رأينا الالام بها أولاً ثم نعقبها بما مر بيانه. وعلى ذلك نتكلم الآن على المسائل الخمس الآتية: (١) خصائص وضع اليد. — (٢) التقادم العادى. — (٣) التقادم القصير لواضع اليد بحسن نية على عقار. — (٤) فى قاعدة « حيازة المنقول سند الملكية ». — (٥) تملك واضع اليد بحسن نية لثمرات العقار. وهذه المسائل ذات أهمية علمية وعملية لا تخفى.

١ — خصائص وضع اليد

٣٣٥ — فى تعداد هذه الخصائص: تقول المادة ٧٦/١٠٢ مدينى ٢٢٢٩ فرنسى ما يأتى: — « تحصل ملكية العقارات والحقوق العينية لمن وضع يده ظاهراً بنفسه أو بتوكيل عنه بغير منازع مدة خمس سنوات متواليات بصمته

(١) En fait de meubles possession vaut titre

مالك^(١) بشرط أن يكون وضع اليد المذكور مبنيًا على سبب صحيح^(٢) فإذا لم يوجد ذلك السبب لا تحصل له الملكية الا اذا وضع يده مدة خمس عشر سنة « ومعنى ذلك ان التملك بالتقادم على نوعين : تقادم طويل وتقادم قصير . ويختلفان في السبب الصحيح وحسن النية، الامر الذي يترتب عليه اختلاف في الزمن المضروب لتمام التقادم . ويتفقان في خصائص عامة تتمشى عليهما معاً . هذه الخصائص العامة هي ما تسمى بعبوب وضع اليد . وهي : عدم الاستمرار في وضع اليد وتقطع اليد عليه بزوالها آناً وظهورها آناً آخر^(٣) والاكره^(٤) والغفاء^(٥) والغموض^(٦) والنيابة في اليد^(٧) أو الحيازة العرضية ، أو اليد غير المملوكة . ونرى ان نبين كل واحد منها على حدة

١ - العيب الاول : في اليد العارضة أو نظرية الحيازة العرضية

§ ١ - اليد العارضة وتحليلها العلمي ومقارنة الشرائع ،

ومعالجة القانون الفرنسي لها

٣٣٦ - كتب في ذلك اهرنج^(٨) وأسمن^(٩) كتابات قيمة حول عليها الشارحون

في وضع بناء هذه النظرية . وتسمى النظرية باليد العارضة أو الحيازة العرضية^(١٠) وقد

(١) Juste titre (٢) Possession paisible, publique et continue

(٣) Discontinuité (٤) Violence (٥) Clandestinité

(٦) Équivoque (٧) Précarité (٨) Ihering (٩) Esmein

(١٠) Précarité والكلمة الفرنسية هذه مشتقة من كلمة f. précaire وهي رومانية الاصل ولعلها كانت تدل عند الرومان على الصلة القانونية القائمة عندهم لمناسبة ذلك النظام المعروف لديهم بنظام القبية أو المشيرة la clientèle حيث كان البعض من كبار الملاك يتنازل عن جزء من أراضيه الى بعض رجاله teneiores أى clients وذلك بناء على ما كانوا يلحقون به من الرجاء المتكرر عليه . والرجاء يسمى preces ومنه كلمة précaire أى المترتب على الرجاء والالفاف ، وهذا على ما حققه أولبيان Ulpian . وكان الهائزون للارض tenanciers يزرعون الارض ويميشون من زرعها وكان من اللازم عليهم أن يردوها كالمارغب صاحبها في إستردادها . ثم ظهر استعمال كلمة « الملتمس précaire » بالقرون الوسطى ولكنها استعملت اذ ذاك بمعنى آخر ، وقد تغير معناها في الوقت الحاضر من « مناهما الاول لان في القول « حاز بطريق النيابة Posséder à titre precaire » ما يفيد

ذكرت المادة الفرنسية ٢٢٣٦ أنواعاً من الحائزين العرضيين كالمستأجر^(١) والأمين على الوديعة^(٢) والمنفعة^(٣). وفي الواقع فإن هؤلاء الحائزين لا يضمون اليد لهم خاصة أنما هم يضعونها لغيرهم بالنيابة عنهم. وهناك حائزون على ما ذكرت المادة الفرنسية وهم الدائن إذا أخذ شيئاً رهناً^(٤) ضماناً لدينه إذا أنه يضع يده باسم من رهن اليه. وكذلك المقرض أو المستعير بالعارية^(٥) فإن أولهما يضع يده باسم المقرض. وثانيهما باسم المعير^(٦) وكذلك المدير لشيء مملوك لغيره فإنه يضع يده باسم الموكل، كالقيم والوصى

قلنا أنه بناء على ما قرره علماء القانون من قديم^(٧) بشأن نظرية وضع اليد لا يعتبر الحائزون العرضيون واضعي يد، ذلك لأنهم إذا حازوا مادة الشيء بالذات^(٨) فإنه ينقصهم هذا العنصر الآخر الضروري لوضع اليد وهو نية التملك^(٩)، أي ما ينوي عليه واضع اليد من أن يظهر على المقار بمظهر المالك له. وعلى ذلك لا يترتب على حيازتهم هذه المجردة ما يترتب لوضع اليد من النتائج القانونية المعروفة فلا يحسم القانون هذه الحيازة، ولا يصبح الحائزون مع الزمن ملاكاً (المادة ٢٢٣٦ مدنى فرنسى وحكمها عام). وبوجه عام لا يجوز تمكينهم من الاستفادة من الآثار المترتبة على وضع اليد الصحيح الحقيقى، وعلى الأخص دعاوى وضع اليد ضد من يتعرض لهم.

ويظهر أن هذا التحليل لنظرية وضع اليد والحيازة العرضية كما قررها الشراح السابقون تحليل سطحي وغير صحيح. إذ قال فيه «هرنج» بأنه ليس صحيحاً القول بأن الحائز ليست عنده نية التملك. وكل ما ليس عنده أنما هو فقط النية في الظهور

الحيازة détenir لا وضع اليد posséder وذلك إذا أردنا أن نفسر هذه الكلمة الأخيرة كلمة وضع اليد posséder تفسيراً علمياً فنياً، أو كما تقول المادة الفرنسية ٢٢٣٦ (وضع اليد باسم الغير posséder pour autrui)

(١) Femier (٢) Dépositaire (٣) Usufruitier (٤) Oage
(٥) Commodataire (٦) Commodant (٧) Théorie classique
(٨) Corpus (٩) Animus

لدى الجمهور كأنه مالك^(١) ولكنه على كل حال يريد القيام بحق ، سواء كان الحق وجوداً حقيقياً ، أو مفروضاً ، ما دام انه في الواقع (أو يظن انه كذلك ، أو أنه يريد أن يعتقد) هو المستأجر أو المنتفع أو الدائن المرتهن وهكذا . ولا يمكن القول بالوجود القانوني لمادة الشيء^(٢) اذا لم تلحق بها النية ضرورة وحتم . ولا توجد المادة بلا نية الا في بعض الاحوال النظرية كما اذا أخذ المجنون شيئاً ، أو أن احداً وضع شيئاً بيد شخص منوم . لذا يمكن العمل على تصحيح هذه النظرية القديمة دون المساس بها ، وعلى الاخص اذا لاحظنا انه اذا فرض بأن واضع القانون الفرنسى كانوا متشبعين بها فانهم على العكس من ذلك لم يأتوا بنص واحد يؤيدها . ذلك لان تعريف وضع اليد الذى قرره المادة ٢٢٢٨ مدنى فرنسى لم يشر الى شرط النية اذ قررت ما يأتى : « وضع اليد هو الحيازة أو الانتفاع بشئ أو بحق ، يحوزه نحن بالذات أو ننتفع منه بمعرفتنا مباشرة أو بواسطة آخر يحوزه أو يلتفع به باسمنا » وهو تعريف يجب الاخذ به بالقانون المصرى — هذا وفوق ذلك فان القانون الفرنسى أشار بهذه المادة الى شخص اعتبره حائزاً عرضياً وهو فى الحقيقة واضع يد ، ذلك هو المنتفع ، والمنتفع هو بلا شك واضع يد . وسرى انه يمكن تملك حق الانتفاع بشئ من الاشياء اذا طال أجل وضع اليد على استغلال هذا الحق . وللمنتفع كما رأينا حق الاستعانة بدطاوى وضع اليد . وكل ما قرره القانون بشأن ما ينتج عن الحالة العرضية لوضع اليد^(٣) انما هو استحالة الحصول بالتقادم على ملكية الشئ محل الحيازة (المادة ٢٢٣٦ مدنى فرنسى . وتقول بمعناها المادة ١١٢/٨٣ مدنى مصرى)^(٤)

٣٣٧ - وبما مر يتبين أن أصبح تعريف للحائز حيازة عرضية هو ما يأتى : « الحائز العرضى هو واضع يد يحوز الشئ ولكنه يحوزه لاجل أن يلتفع أو يدعى الانتفاع بحق خلاف الملكية »^(٥) وهذا التعريف يشمل ايضاً من يقومون

(١) Animus sibi habendi (٢) Corpus

(٣) Précarité de la possession (٤) كابتان ص ٨٧٨ (٥) كابتان ص ٨٧٨

بأعمال يجرونها على الشيء تشبه الحق العيني خلاف حق الملكية ، مثل حق الانتفاع وحق الارتفاق وحق الرهن . ولقد سبق لنا أن رأينا أن الرومان يعتبرون هؤلاء الأشخاص بمثابة شبه واضعى اليد^(١) ، ويلاحظ في الوقت الحاضر الخلط بين نية وضع اليد مع وضع اليد الصحيح . نعم ولو ان المادة ٢٢٣٦ مدنى فرنسى والتي تؤدى معناها المادة ٨٣/١١٢ مدنى مصرى كما رأينا قررت بأن هؤلاء الأشخاص لا يحصلون على الملكية مهما طال أجل وضع يدهم ، الا أن هذه القاعدة انما هى بديهية من البديهيات فى ذاتها . ذلك لان التقادم هو نقل حالة مادية معينة^(٢) الى حالة قانونية^(٣) أى تقرير الحق الى من قام بأعمال خارجية من زمن طويل . على أن من يضع يده على حق الانتفاع أو على حق الارتفاق فانه لا يقوم بالأعمال التى يقوم بها المالك عادة ، أى لا يظهر بمظهر المالك بل يقوم بما يقوم به فى العادة المنتفع ، أى يظهر بمظهر المنتفع أو الجار المقرر له حق الارتفاق ، أى يجنى الثمرة ان كان منتفعاً ، أو يمر بغيط الجار ان كان الحق حق ارتفاق بالمرور . واذا علم ذلك فهل يصح القول بأن الاعمال الخارجية الظاهرة اذا تقرر انتهت بأول قرار لصاحبها حقاً يخالف الحق الذى تعلقت به ونمت عليه دون غيره ؟^(٤) طبعاً لا . لان تكرار الاعمال يؤيد مع الزمن الحق الذى نمت عليه هذه الاعمال . أى أن الحق الذى دلت عليه الاعمال الخارجية يصبح حقاً مملوكاً لصاحب الاعمال المنكرة . وهذا يؤيد صحة التعريف الذى أشرنا اليه للحيازة العرضية

اذا تقرر ذلك وتقرر ايضاً بأن هناك بعض الحائزين العرضيين ممن يعتبرون واضعى اليد ، فاننا نتساءل لماذا لا يقال مثل ذلك ايضاً بشأن جميع الحائزين العرضيين فيما يجرؤونه من الاعمال باعتبار أنهم اصحاب حقوق ، ومهما كان الحق سواء كان ناشئاً عن عقد ايجار أو عن وكالة ، باعتبار أن هذا الحق يجب أن يكون مثل الحق العيني سواء بسواء ؟ وعلى ذلك يصح أن يتقرر هؤلاء الحائزين حق الاستعانة

État de droit (٣) État de fait (٢) Quasi-possesseurs (١)

(٤) كبايتان ص ٨٧٨ — ٨٧٩

بدعاوى وضع اليد ضد الغير، كما يصح أن تتقرر هذه الحماية ايضاً للسارق والغاصب بما ان هذين الاخيرين يملكان لنفسهما ايضاً ^(١). وعلى ذلك فلا تصبح الحيازة العرضية من ذلك الحين في عداد عيوب وضع اليد بل تعتبر مجرد عائق يحول دون أن يستحيل وضع اليد منهما طال اجله الى ملكية بالتقادم. وفي هذه الحالة يجب تعديل المادة ١٠٢/٧٦ مدني و٢٢٢٩ فرنسي بأن يمحذف منها عبارة « باعتبار مالكا » وذلك في سياق سرد شروط التقادم

٣٣٨ — ويظهر ان الشرائع الحاضرة سارت في هذا الطريق وابتحت هذا النحو، ونهج القضاء الفرنسي ايضاً هذا المنهج الجديد

فن القوانين الاجنبية القانون الالماني اذا اعتبر بالمادة ٨٥٤ منه بأن واضع اليد هو كل شخص له سلطان القيام بأعمال على شيء من الاشياء ^(٢) اما باعتباره منتفعا أو دائئاً مرتبها رهنًا حيازياً واما مستأجراً واما أميناً لوديعة، أو باعتباره اعتباراً آخر يحكى هذا الاعتبار المتقدم بأن يكون له الحق أو ملزماً نحو الغير بأن يضع يده وضعا مؤقتاً. وفي الوقت نفسه قرر القانون الالماني بالمادة ٥٦٨ بأن الشخص الذي من أجله وضع الحائز يده على الشيء فانه يعتبر هو الآخر والحائز كلاهما واضع يد وقرر القانون السويسري بالمادة ٩١٩ ما يأتي : « ان من له حق السلطان ^(٣) الفعلي على الشيء يعتبر أن له ايضاً وضع اليد ». وورد بالمادة ٩٢٠ من ذلك القانون نفسه ما يأتي : « اذا سلم واضع اليد شيئاً لغير وقرر له عليه حق ارتفاق أو حق رهن حيازي أو أي حق شخصي فان لمقرر الحق ولمن تقرر له الحق، حق وضع اليد »

٣٣٩ — هذا عن القوانين الاجنبية. واما عن القضاء الفرنسي فانه توجد حالات قضى فيها هذا القضاء بالاستفادة بدعاوى وضع اليد عند الحائزين العرضيين العاديين، وعلى الاخص من تنازلت اليهم الحكومة عن اعمال تتعلق بالمنفعة

العامة^(١) مثل شركات السكة الحديدية . تقرر لها ذلك مع أنه ليس لها حق عيني، وكل ما لها مجرد حق تنازل مقرر على الطرق المخصصة للاستغلال . وبرغم ذلك فإن لهذه الشركات حق الاستعانة بدعاوى وضع اليد ضد من يعمل على التعرض لها عند استقلالها فيما حصل التنازل عنه^(٢) وهناك بعض احكام قررت بأنه يجوز لمن أؤتمن على سندات لحاملها ثم افتردها من طريق خيانة الامانة ، أن يرفع الدعوى ويطلب ردها اليه ليس فقط ضد الشخص المتهم بالتبديد ، بل ضد الدائن المرتهن الذى تسلمت له هذه السندات من المتهم بالخيانة . وفى تقرير هذا الحق للأمين للودائع باعتباره حائزاً عرضياً فى مقاضاة المتهم بالتبديد ودائنه المرتهن، ما يستفاد منه أنه يمكن أيضاً أن يقر حق الاستفادة من دعاوى وضع اليد . وفى مقابل ما تقرر له من دعوى رد الاشياء اليه يمكن أن يتقرر له أيضاً دعوى رد الحيازة المفصولة^(٣)

٣٤٠ — هذا وأنا نرحب بهذا التشريع الجديد الذى تقرر بالقانونين الالمانى والسويسرى وتؤيد ما قرره القضاء الفرنسى ونود لو ان القضاء هنا يعمل على ضرورة حماية الحائز العرضى باعتباره هو الآخر مثل واضع اليد . ولقد لاحظنا على قضائنا المصرى أن يشترط فى دعاوى منع التعرض بوجه عام أن يكون وضع اليد قانونياً ، بمعنى أن يكون لدى واضع اليد نية التملك^(٤) والا اعتبر حيازة عرضية^(٥) وان يكون وضع اليد قانونياً بحيث يمكن اكتساب الحق منه بالتقدم^(٦) وان الحقوق العينية العقارية التى تقبل التملك بمضى المدة هى وحدها التى يمكن حمايتها بدعاوى وضع اليد^(٧) ويجوز الاستعانة بدعاوى وضع اليد فى حماية حقوق الارتفاق^(٨)

(١) Concessionnaires du domaine public

(٢) ١١٧، ١، ٦٨، د . — س، ٤١٧، ١، ٦٧، س — س، ١٠٥، ١، ٩٧، د

(٣) ٢٦٥، ١، ٨٨، د — س، ٢٥٢، ١، ٨٨، د

(٤) Animus domini (٥) ج ٣ ص ١٧ ن ١٥٢

(٦) ح ٣ ص ١٨ ن ١٥٧ (٧) ج ٣ ص ١٨ ن ١٦٤ و ١٦٦ (٨) ن ١٦٦

وقرر بأن دعوى منع التعرض^(١) تقبل في حماية حق الارتفاق الخاص بالمسيل^(٢) واما دعوى رد الحيازة فقد قرر مذهبا هاما وهو أنه لا يشترط في قبول هذه الدعوى أن تكون لدى واضع اليد نية التملك بل يكفي مجرد الحيازة^(٣) أي يكفي أن يكون المدعى حائزا عرضيا^(٤) لأن في تقرير هذه الدعوى خدمة للمصلحة العامة^(٥) باعتبار أنه لا يجوز لصاحب الحق أن يقضى لنفسه بنفسه . وللمستأجر أن يرفع دعوى رد الحيازة ودعوى منع التعرض على شرط ادخال المؤجر له في دعوى منع التعرض^(٦) وأجاز لناظر الوقف رفع دعوى منع التعرض أيضا^(٧)

هذا وما دام أن القضاء المصري قد أباح دعوى رد الحيازة وهي إحدى دعاوى وضع اليد لسكل حائز عرضي كالمستأجر والأمين والمرتهن حيازيا فانا نعتبر ذلك خطوة في طريق العمل على ما قرره القضاء الفرنسي والتشريعات الألمانية والسويسرية بالكيفية المتقدمة

§ ٢ - متى تكون الحيازة العارضة ؟

٣٤١ - سواء كانت الحيازة العارضة عيبا من عيوب وضع اليد كما قرر علماء القانون من قديم ، أو كما يقررها علماء الوقت الحاضر باعتبارها حائلا دون تملك الملكية بالتقادم فانه يجب على كل حال معرفة الاحوال التي تعتبر فيها الحيازة عارضة بما يتعارض فعلا مع وضع اليد . وربما يدق الوصول الى هذا التمييز في بعض الاحوال وعلى الاخص فيما اذا قام الشخص الذي وجد الشيء تحت يده بأعمال لاحد لها تتعلق بالاستعمال أو بالاستغلال بطريقة ظاهرة ، فاذا نظرنا الى المستأجر والى المنتفع من الوجهة الخارجية الظاهرة للعيان نرى أن كلا منهما يشابه في القيام بأعماله بالمالك الحقيقي . فكيف يمكن حينئذ الوصول الى تمييز الواحد منهما عن

(١) Complainte (٢) ١٦٨ ن (٣) ج ع ٣ ص ٢٠ ن ١٨٢
(٤) ١٨٨ ن (٥) ج ع ٣ ص ٢١ ن ١٩٣ (٦) ج ع ٣ ص ٢٣ ن ٢١٨
(٧) مجموعة عياشي ص ٢٦٦ ن ١٢٣٨

المالك ؟ ان الطريق لذلك انما هو درس العقود الخاصة بوجود الشيء تحت يد الشخص الظاهر . فان كان العقد عقد بيع كانت يد المشتري وقتئذ يد مالك . وان كان العقد عقد ايجار كانت يده يد حائز عرضي للشيء

ولكن لما كان يقع احيانا أن هذه السندات لا تقدم عند النزاع أو لا يمكن الوقوف على حقائقها في الحال أو تكون قد تلقت رأى الشارع أن يقرر قرينتين تكمل احدهما الاخرى

والقرينة الاولى وردت بالمادة ٢٢٣٠ مدنى فرنسى وحكمها عام اذ قررت هذه المادة ما يأتى :

« من المفروض دائماً أن الانسان اذا يضع يده لنفسه خاصة وباعتباره مالكا الا اذا ثبت بأنه بدأ وضع اليد باسم شخص آخر » وهذه هي قرينة عدم الحيابة العرضية (١)

ووردت القرينة القانونية الثانية بالمادة ٢٢٣١ اذ قررت عكس ما تقدم . ونصت على أنه اذا بدأ الانسان وضع يده باسم الغير فانه من المفروض دائماً أن يده تظل باسم هذا الغير الا اذا وجد دليل عكسى لذلك . وهذه هي قرينة عدم تغيير سبب وضع اليد (٢) وحكم المادة عام

وهاتان القرينتان لم يخرججا عن كونهما مظهرأ عملياً للبداءى العامة المقررة في نظرية الاثبات (المادة ٢١٤/٢٧٨ مدنى و ١٣١٥) بأن من ادعى شيئاً وجب عليه اثباته ، فمن قال بحالة قانونية من شأنها تغيير حالة سابقة سواء كانت حالة عادية أو مكتسبة ، ثمة الدليل .

وربى من اللازم أن نبين المعنى المقصود من هاتين القرينتين :

٣٤٢ — القرينة الاولى : قرينة عدم الحيابة العرضية : قال عنها اهرنج بأنها تؤيد ما عرف به الفاراع الفرنسى من دقة المنطق ورجحان العقل . ذلك لان

من شأن هذه القرينة أن تصحح ما قرره العلماء السابقون بشأن نظرية الحيازة العارضة وما كان لها من النتائج الغريبة . ولذا يمكن القول الآن بأن للحائز العرضي الحق في أن يستعين بدعاوى وضع اليد قبل المالك الحقيقي الذي يطلب تثبيت ملكيته أو قبل أى شخص آخر يتعرض له^(١)

٣٤٣ - القرينة الثانية : قرينة منع تغيير السبب^(٢) وهذه القرينة نتيجتان

هامتان :

التفسير الأولي : تقول المادة ١٠٦/٧٩ مدني و ٢٢٣٧ و ٢٢٤٠ فرنسي ما يأتي : « لا تثبت ملكية العقار والحقوق العينية بمضى المدة الطويلة لمن كان واضعاً يده عليها بسبب معلوم غير اسباب التملك سواء كان ذلك السبب مبتدأ منه أو سابقاً من آلت منه اليه^(٣) وعلى ذلك فلا تحصل الملكية بوضع اليد للمستأجر والمنفعة والمودع عنده والمستعير ولا لورثتهم من بعدهم^(٤) » وتقول المادة ٢٢٤٠ الفرنسية المقابلة لها ما يأتي : « لا يجوز للإنسان أن يملك بالتقادم بما يخالف السند الموجود تحت يده . بمعنى أنه لا يجوز أن يغير لمصلحة نفسه سبب وضع يده والاصل الذي من أجله تقرر وضع اليد »

ويندمج في حكم هذه المواد المادة ٨٣/١١٢ مدني ونصها : « لا تثبت الملكية مطلقاً بمضى المدة الطويلة ولا يعتبر حكمها بين الموكل والوكيل في جميع

(١) د ١٤٩١، ١٤٩٢، ٣٧ - س ١٤٩٠، ١٤٩١، ٣٦٦ - كابتان ص ٨٨٠

(٢) Interdiction de l'intervention du titre

(٣) On ne prescrit pas un droit réel contre son propre titre ou celui de ses auteurs

(٤) مرجع ص ٣٩٢ ن ١٤٢٩ و ١٤٣٨ بالنسبة للسفاجر والمودع والمستعير . ون ١٤٣٠ بالنسبة للدائن المرتن . ون ١٤٣٤ و ١٤٣٥ بالنسبة للورثة . و ١٤٤١ بالنسبة للوكلاء و ١٤٤٢ و ١٤٤٥ و ١٥٠١ بالنسبة للورثة و ١٤٤٩ و ١٤٥٤ بالنسبة لأرشد العائلة وكبرها . و ١٤٥٨ و ١٤٦٠ بالنسبة للشركاء . و ١٤٩٧ - ١٤٩٩ بالنسبة للزوج مع زوجته . و اذا ظلت الام الوصية واضحة يدها بعد بلوغ أولادها فلا تملك بالتقادم لان رابطة الامة ربما تدل على ان يدها يد نياية : مرجع ص ٤٠٥ ن ١٥٠٠

ما هو داخل ضمن التوكيل « وليس لهذه المادة مثيل بالقانون الفرنسي، ولكنها تقرر قاعدة عامة في عالم القانون

فاذا استأجر مستأجر عقاراً وهات المالك المؤجر له ولم يدفع الايجار من تاريخ الوفاة مع بقاءه بالمقار المؤجر له ولم يطالبه وارث المتوفى لانه يحفل هذه الاجارة ثم جاء الوارث بعد مضي ١٥ سنة وعلم بالاجارة وطالب المستأجر بتسليمه العقار فلا يجوز لهذا المستأجر أن يدفع الدعوى بدفع التقادم وليس له أن يدعى بأن يده كانت على العقار بعد وفاة المالك يد مالك، وانه تملك بعضي الزمن. ذلك لانه اذا ثبت بأن يده على العقار بدأت باعتباره مستأجراً أى يداً عارضة فلا يجوز تغيير هذه اليد بمجرد تغيير النية لدى المستأجر. والا اذا جاز القول بالاخذ بتغيير النية لأدى ذلك الى أبحاث تفسانية دقيقة لانهاية لها في سنبل التعرف على هذه النية وما استتر منها في الخفاء^(١). على ان الشارع الفرنسي قرر بالمادة ٢٢٣٨ قاعدة عامة يجب الاخذ بها بالقانون المصري لانها نتيجة حتمية للمادة ٢٢٤٠ فرنسي المقابلة للمادة ١٠٦/٧٩ مدني مصري. ذلك انها قررت في حالتين ومن طريق الاستثناء بأن من بدأ يده باعتباره حائزاً عرضياً جاز له أن ينقلب الى واضح يد سائر في طريق التملك بالتقادم^(٢) بسبب تغيير سنده، ويقع ذلك اما نتيجة لعمل يقوم به الغير، أو نتيجة للتناقض^(٣) الذي ظهر به الحائز فيما يتعارض حتماً مع حقوق المالك

٨ — في انقلاب اليد بسبب عمل يأتيه الغير: مثلاً يموت المالك ثم يشتري المستأجر العقار من شخص يدعى على غير حق انه الوارث للمالك. وبعد الشراء يمتنع المشتري عن دفع الايجار. فاذا مضت مدة التقادم وظهر الوارث الحقيقي فلا

(١) د، ٩٠٧، ١، ١٤١ و تقرير المستشار Potier — ن، ٩٠٧، ١، ٢٧٢ ومقال Wahl. — وعلى ذلك لا يكفي في تغيير سبب الحياة مجرد عقد النية على ذلك. بل يجب ان تكون النية مصحوبة بأعمال مادية خارجية تتعارض مع ملكية من يدعي الملكية ضد صاحب اليد الحاضرة: دي هاس ج ٣ ص ١٩٢ ن ٢٨٥. هـ ١٦ سبتمبر سنة ٩٢٢ م ٣ ص ٧٦ عدد ٤٨٥٨

Contradiction (٣) Possesseur ad usucapionem (٢)

يجوز له المطالبة بتسليم العقار اليه مستنداً الى عدم صحة العقد لانه تمليك صادر من غير مالك . وللمشتري في هذه الحالة دفع الدعوى بدفع التقادم . لان التقادم وقع هنا من جراء تغيير السبب الذي كان العقار من أجله تحت يد المستأجر . ويجب ملاحظة ان مبدأ سريان التقادم لا يكون من يوم امتناع المستأجر عن دفع الايجار ، بل من يوم وقوع البيع ^(١)

٢ - في التناقض مع حق المالك : فاذا جاء المالك وطلب في نهاية الاجارة تسليم العقار اليه وأبى المستأجر التسليم وادعى هذا المستأجر بأنه وجد مستندات ووثائق تدل على أنه هو المالك لا المؤجر له ، قضى للمستأجر بالملكية اذا مضت مدة التقادم عليه من وقت العثور على مستنداته وزالت الملكية عن المؤجر حتى ولو أدلى بمستندات تدل على عدم صحة مستندات خصمه في تملكه العقار . ذلك لان المستأجر قد تملك بمضى المدة ، وان السبب في تملكه هذا بالتقادم انما هو أيضاً تغيير في سبب الحيازة ^(٢)

ولا محل هنا للقول بأن البحث في نية التملك وتغييرها من حيازة بسيطة الى وضع يد ينتهي بالتملك بالتقادم ، بحث دقيق مخوف بالمصاعب . لانه لا محل لهذا البحث النفساني طالما أن هناك أعمالاً مادية تم على هذه النية الجديدة

النتيجة الثانية : قلنا ان المادة ٧٩/١٠٦ مدني و ٢٢٣٧ فرنسي تقول في فقرتها الثانية « وعلى ذلك فلا تحصل الملكية بوضع اليد للمستأجر والمنفعة والمودع عنده والمستعير ولا لورثتهم من بعدهم » فاذا كان المستأجر وغيره لا يملكون بالتقادم لان يدهم يد عارضة فكذلك ورثتهم : فاذا مات المستأجر وجاء

(١) استئناف ٣ مايو سنة ١٩٢٠ م ر ١ ، ٢٢ ، ١٧٩ هـ ١١١ ، مرجع ص ٣٩٨ ن ١٤٦٢ . — ويجوز لمشايخ البلاد وان كانوا وكلاء الحكومة ان يكتسبوا ملكية اطيان الحكومة الحرة بوضع اليد عليها المدة الطويلة : مرجع ص ٤٠٦ ن ١٥٠٥ — وبالنسبة لسكان العزبة مستأجرين وعمالا فالاصل ان تعتبر يدهم على مساكن العزبة بدا نيائية أى على سبيل عارية الاستعمال ما لم يقم الدليل على عكس ذلك : استئناف ١٠ يناير سنة ١٩١٦ هـ ، ٣ ، ص ٢٩٧ عدد ٧٩ ، مرجع ص ٣٧٧ ن ١٣٥٤ ، ٢٨ ، ديسمبر سنة ١٩١٦ هـ ، ٢٩ ، ١٢٩ (٢) كاتبان ٨٨٦

وارثه من بعده وامتنع عن دفع الايجار وظل هكذا ١٥ سنة فليس له بعد ذلك أن يدفع دعوى التسليم الموجهة ضده من وارث المؤجر بدفع التقادم اعتماداً على أنه قد غير بنفسه لنفسه سبب يده الموروثة عن مورثه وأنه وضع يده عقب الوفاة لنفسه^(١) بنية أن يملك^(٢) وأنه بناء على ذلك أصبح مالكاً بحكم التقادم^(٣) والسبب في تقرير هذه القاعدة ظاهر لأن المورث مات وذمتة مشغلة برد العقار ومما لا شك فيه أن هذا الدين الموجود بالتركة بعد الوفاة ينتقل الى الوارث . ويجب على هذا الاخير أن يبي به من التركة . أى أن يده على العقار بعد الوفاة هي يد طارئة . ومتى كان كذلك فلا يجوز له أن يغير سبب وضع يده . وفي هذه الحالة تسرى حينئذ الفقرة الأولى من المادة ٧٩ مدني المذكورة

ولكن اذا فرض وجاء هذا الوارث وهو على علم بحقيقة سبب وضع يده وباع العقار لمشتري^(٤) ومضت المدة القانونية لاكتساب الملكية على هذا المشتري ، أصبح العقار ملكاً حراً لهذا المشتري (المادة ٢٢٣٩ مدني فرنسي وحكمها عام) ذلك لأن المشتري لا يعتبر خلفاً عاماً للبائع^(٥) انما هو خلف خاص^(٦) فلا يصح أن يؤخذ بعقد مملوكة لان سبب وضع يده عند شرائه هو عقده ، لا عقد ايجار المملك له . فهو لا يملك بالرجوع لعقد قد تغير فيه بمحض رغبة صاحبه ، وهو المملك له ، فهو يملك بعقده هو الخاص به بنية أنه هو المالك . وعلى ذلك يعتبر واضح يد بالمعنى القانوني الصحيح

ب — العيب الثاني : عيب عدم الاستمرار

٣٤٤ — العيب الثاني لوضع اليد هو عدم الاستمرار فيه^(٧) . ويراد

Animus sibi habendi (٢)

Posseder pro suo (١)

(٣) وكذلك اذا مات ناظر الوقف ووضع الورثة يدهم على الوقف فلا يكتسبونه بمضى المدة :

مرجع ص ٤٠٦ ن ١٥٠٤

Ayant cause à titre universel (٥)

Sous-acquéreur (٤)

Discontinuité (٧) . à titre particulier (٦)

بالاستمرار^(١) قيام واضع اليد بأعمال متكررة على العقار بما يطابق طبيعة الحق الذي يدعيه على هذا العقار ، وبطريقة منتظمة دون أن يشوب انتفاهه أى نقص ما أو تتوسط أعماله مدد مختلفة فتقطع فيها يده انقطاعا غير عادى لا يتفق مع حالة استغلال العقار . وبعبارة أخرى يراد بالاستمرار فى وضع اليد أن يظهر واضع اليد على العقار بمظهر صاحب الحق عليه بطريقة لا تترك مجالا للشك ، فإذا ادعى انه واضع يد على مسقاة وجب أن تظهر أمارات وضع اليد من وقت لآخر كلما دعت ضرورة الرى . وليس من اللازم على ذلك أن يعمل ليله ونهاره وطول مدة وضع اليد على جلب الماء من المسقاة . انما اذا جاء وقت المناوبات وجب عليه الانتفاع بالمسقاة انتفاعا ظاهراً . ولا يتعارض الاستمرار مع أوقات الفراغ^(٢) البتى تعتوره مدة الاستعمال على شرط أن تكون أوقات الفراغ هذه أوقاتاً عادية . وغيب عدم الاستمرار عيب مطلق^(٣) بمعنى أنه يجوز لكل ذى مصلحة أن يحتج به على من يدعى وضع اليد

ج - العيب الثالث : عيب الاكراه

٣٤٥ - ليس من شأن الاكراه^(٤) أن يشق طريقاً فى سبيل التقدّم وليس له أن يهين لصاحبه وضع يد يمكنه من التملك بمضى المدة (المادة ٢٢٣٣ فرنسى وحكمها عام) فإذا وضع شخص يده بالاعتداء^(٥) أو التهديد على من كان واضع اليد على العقار من قبل ، أصبح ليس أهلاً لحماية القانون له . لان من يدعى حقاً صحيحاً لا يلجأ الى مثل هذه الطرق المعيبة

وهنا يختلف القانون الحاضر عما قرره الرومان فى مسثلتين :

أولاً : ان الاكراه لا يعيب وضع اليد الى ما لانهية . ذلك لانه اذا ارتفع الاكراه وزالت آثاره وابتدأ واضع اليد فى حيازة هادئة غير مشوبة بشائبة

الاعتداء أصبحت يده صحيحة ، وأصبح وضع اليد منتجاً لنتائج القانونية . وهذا ما يستفاد من المادة ٢٢٣٣ فرنسي حيث قررت « ان وضع اليد المفيد لا يبدأ الا من الوقت الذي زال فيه الاكراه » والغالب ان منزوع اليد لا يلجأ في هذه الحالة الى التمسك بعيب الاكراه ، لانه كان من الواجب عليه أن يتمسك به وقت حصوله . أما القانون الروماني فكان على عكس ذلك اذ قرر بأن وضع اليد المذهب بالاكراه في أوله يظل هكذا والعيب لا يصق به حتى يرد العقار لصاحبه أو يتفاهم معه تفاهاً يزول معه كل أثر للاكراه . وان صح بأن هذا المبدأ الروماني أسند احكاماً من المبدأ الحاضر ، الا أن هذا المبدأ الحاضر أكثر سهولة منه من الوجهة العملية وآثر في مجال العمل . اذ يصعب على منزوع اليد أن يقيم الدليل على وجود عيب الاكراه من زمن طويل ، أي من وقت البدء في وضع اليد

ثانياً : وعلى العكس مما تقدم فانه اذا بدأ وضع اليد هادئاً سليماً لم تمره شائبة الاعتداء ظل هكذا ونمت الهدوء والسلم طالق به حتى النهاية ، يدفع عنه كل مظنة للاعتداء ، ويبيح له فوق ذلك رد اعتداء الغير عليه باعتداء مثله عند الحاجة . لان في رد الاعتداء بمثله حماية مشروعة للحق لا غضاضة فيها على القانون . ولم يخرج واضع اليد فيما ذهب فيه من وسائل حماية حقه مما يلجأ اليه عادة المالك الحقيقي في ان يرد الاعتداء بمثله^(١)

وقلنا ان عيب عدم الاستمرار عيب مطلق . أما عيب الاكراه فهو عيب نسبي أي لا يدفع به الا من وقع عليه الاعتداء أو التهديد دون غيره . أما لو أبيع لغير الممتدى عليه الحق في التمسك دائماً بالاكراه ضد الممتدى لترتب على ذلك انكار أول صفة للاكراه وهي اعتباره عرضياً وقتياً^(٢) أي يزول أثره بزواله ولا يدوم ، وكان في ذلك تناقض لما قررناه أيضاً في أن وضع اليد المفيد لا يبدأ الا من وقت زوال الاعتداء (المادة ٢٢٣٤ مدني فرنسي وحكمها عام كما

(١) د ، ٦٩ ، ١ ، ٨٨٣ — كابتان ص ٨٨٣ — استئناف م ١٥ مارس سنة ٩١١

(٢) كابتان ص ٨٨٣

م ت ق ، ٢٣ ، ٢١٩

رأينا) اذ كيف يقال بزوال الاعتداء وترتب أثر قانوني صحيح على هذا الزوال ،
وفي آن واحد يقال بجواز التمسك بالاعتداء مع زواله ؟

٥ - العيب الرابع : عيب الخفاء

٣٤٦ - يجب أن يحصل وضع اليد عياناً أمام مرأى الناس لا في الخفاء^(١)
وأما اذا حصل خفية من الجمهور فقد أصبح مشوباً . ذلك لان من يدعى حقاً
صحيحاً فلا يكون في حاجة الى التوارى عن أعين الرأىين . وان صح الخفاء في
استغلال المنقول ، فانه يصعب بالنسبة للمقار وهو فيه نادر . كما اذا أحدث شخصاً
غيباً^(٢) أو مخزناً سرياً في عقار دون ان يعمل ما ينم على وجوده من انشاء منفذ
للضوء والهواء له (والمثل يكاد يكون خيالياً ونوهت عنه المادة ٥٥٣ مدنى
فرنسى)

والخفاء عيب نسبي كالكراه فلا يجوز الاحتجاج به الا من قبل من وقع
عليه حمل الخفاء بالذات ، لا من قبل من كانت له أى مصلحة ما . ولنسبية الخفاء
أثر ظاهر فيما يتعلق بوضع اليد المشوب بالخفاء . اذ قلنا وقال القانون بالمادة ٧٩
مدنى أنه لا يجوز للمستأجر أن يغير سبب وضع يده حتى لا يتخذ من ذلك
ذريعة للملك بالتقادم . ولكن اذا منع من تقييد سبب يده بمحض رغبته فانه
قد يقع التغيير كما رأينا اذا كان ناشئاً عن عمل الغير . فاذا جاء وارث غير حقيقى
وادعى انه الوارث للمؤجر وباع العقار الى المستأجر أصبح المستأجر هذه المرة
مشترياً ، وصارت يده على العقار يد مالك ، لانه لا يجوز المقار بالسبب الاول ،
وهو عقد الاجارة ، انما يضع يده عليه الآن بسبب عقد الشراء . فالتقادم الاول حائل
دون التقادم ، أما الثانى فهو مهين له . فاذا حصل ذلك ولكن برغم حصوله ظل
المستأجر المشتري يدفع الايجار بنظام مستمر ، فلا يجوز له بعد ذلك أن يتمسك
بالتقادم ضد الوارث الحقيقى فيما اذا ظهر هذا الاخير وطلب تثبيت ملكيته للعقار

الموروث له عن مورثه : كل ذلك لان التغيير في سبب وضع اليد ، أى ان عقد الشراء ، ظل مستوراً في عالم الخفاء بالنسبة للمؤجر

هـ — العيب الخامس : عيب الابهام والغموض

٣٤٧ — الابهام والغموض ^(١) حيث يعمل واضع اليد بالتعمية على الرأىين له فيذهب في استغلال الشيء مذهبا لا يتفق في مظهره مع طبيعة الحق الذى يمكنه في صدره ، أى انه يجرى أفعالا على الشيء يمكن أن تنصرف الى غير ما يتفق مع الحق الذى يدعيه فيما بعد . فاذا ساكنت امرأة امرأة وماتت الاولى وترك حلياً ومصاعاً بيد رصيفتها التى كانت تساكنها ، وظلت هذه الاخيرة حائزة لهذه الاشياء ، فهل يجوز لها أن تعمل في سبيل الافلات من الالتزام برد الاشياء الى ورثة المتوفاة ، على الادعاء بملكيتها للاشياء لانها هى واضعة اليد عليها ، وان وضع يدها هذا كان مقروناً دائماً وأبداً بنية التملك ، باعتباره هبة يدوية ^(٢) وأن تستعين في ذلك بقاعدة « حيازة المنقول سند الملكية » أخذاً بالمواد ٦٠٧/٦٠٨ مدنى و٢٢٧٩ فرنسى ؟ ليس لها ذلك . لان وضع يدها هذا يجوز أن يكون لغير سبب الهبة ، وأن يكون السبب فيه هو معاشرتها للمتوفاة ، أى ان يدها عارضة ، لا مالكة . ويقال في هذه الحالة بأن هناك غموضاً وابهاماً في وضع اليد ^(٣)

وقد يقع مثل هذا الغموض كثيراً بمصر وعلى الاخص عقب ما قررت بعض اللوائح الخاصة بالاراضى المصرية كما ذكرنا في حينه في أن للارشد حق وضع يده على أطيان المتوفى . أو أن وارثاً من الورثة يختص هو دون بقية الورثة في أن يضع يده على التركة . فهل له اذا مضت على يده مدة ١٥ سنة أن يدعى فيما بعد حق تملكه لاطيان وعقارات التركة بمضى المدة فيما اذا طلب بقية الورثة قسمة العقارات على اختلاف انواعها ؟ نعم يصح له ذلك أخذاً بالمادة ٨١٦ مدنى فرنسى وحكمها

(١) Équivoque (٢) Don manuel (٣) د ، ٢ ، ٩٠٤ ، ٢٨٩

ومقال Planiol — س ، ٩٠٣ ، ٢ ، ٤١ ومقال Ferron — كتابان من ٨٨٤

هام، ولكن على شرط أن يقوم الدليل على أن الوارث قد ظهر على العقارات بمظهر المالك المستأثر بالملكية دون غيره ودون أن يتشكك الغير في أنه يعمل له ولزملائه بقية الورثة^(١) وأنه ما دام الابهام والغموض يشوبان وضع يده بحيث يرتفع معهما التأكد بأن يده هي وحدها المالكة لا تشاطرها في الملكية يد أخرى، فانه لا يملك بالتقادم، لان التعمية بالاستغلال كما قلنا حائل دون التقادم^(٢)

ونرى أن الابهام هذا يختلط كثيراً مع الحيازة العارضة . وربما كانت سبب الابهام انما هو هذه الحيازة العارضة . ومهما كانت شائبة اليد ابهاماً أو عرضاً في الحيازة فانه لا يجوز هنا التملك بمضى المدة الا اذا صدرت أعمال من وازع اليد بحيث تكون من الظهور والعلانية بما يتأكد معه الكافة بأنها صادرة من يد مالك يدعى حقاً يتفق معها وانه في استغلاله لا يتعارض مع كنهه حقه . أي ان حقه الذي يكنه في صدره ويحتلج ضميره هو هو هذا الحق الذي تظهره أعماله الخارجية الظاهرة للعيان . أما اذا كانت التعمية فلا تقادم في غموض أو في حيازة عرضية

٢ - في التقادم المكسب أو التقادم العادي

في المسوغ الاجتماعي والقانوني للتقادم

٣٤٨ - اذا ظل وضع اليد الخالي عن الشوائب التي تعيبه، زمناً معيناً مدة ١٥ سنة أصبح واضع اليد مالكا لما حازه أخذاً بالمادة ٧٦/١٠٢ مدني و ٢٢٦٢ فرنسي (والمدة في القانون الفرنسي ٣٠ سنة) والغرض مما يملكه أنه يملك الحق الذي من أجله وضع يده، سواء كان حق الملكية أو أي حق عيني آخر، باعتبار أنه لم يكن مالكا لهذا الحق في الاصل . لأنه لو كان مالكا له من قبل فما كان في حاجة الى مدة . هذا هو التقادم المكسب^(٣) أو التقادم العادي^(٤)

(١) د، ١٠٧٢، ٣٣٦ (٢) مجموعة عياشي ص ١٧٧ ن ٨٠٢ و ن ٨٠٥

وقارن ن ٨٠٣

Usucapion ordinaire (٤) Prescription acquisitive (٣)

ولقد جرى القانون الفرنسى على أن طالع مسائل التقادم جميعها بباب واحد، سواء كان ماخص منها بالتقادم المكسب أو التقادم المسقط أو المبرئ^(١) (المواد ٢٢١٩ - ٢٢٨١) ويراد بهذا الأخير نوع من أنواع اقتضاء الالتزامات تبرأ به ذمة المدين إذا ظل الدائن ١٥ سنة ولم يعمل ما من شأنه الحصول على دينه . ولقد نقد الناقدون هذا الوضع بالقانون الفرنسى من حيث معالجته لمسائل نوعى التقادم تحت باب واحد مع أن النوعين مختلفان . والواقع أن الحقيقة فى الاثنين واحدة . ولم يخطئ الشارع الفرنسى كثيراً فى توحيدهما معاً . ذلك لأن الأصول الأساسية للتقادم من حيث هو واحدة فيهما لأن الأسباب التعليلية لهما واحدة . وفوق ذلك فانهما يشتركان فى كثير من القواعد القانونية الخاصة بهما وعلى الأخص فى المسائل المتعلقة بحساب المدة^(٢) وبوجه عام فى المسائل الخاصة بإيقاف المدة^(٣) وقطع المدة^(٤)

ويظهر أن الشارع المصرى قد تأثر لهذا النقد الذى تقدم به الناقدون القانون الفرنسى فلم يشأ القانون المصرى أن يعمل ما عمله مصدره القانون الفرنسى من جعل قواعد التقادم بنوعيه تحت باب واحد . بل أتى بالتقادم المكسب فى باب اكتساب الملكية والحقوق المينية (المواد ٧٦ - ٨٧ / ١٠٢ - ١١٦ مدنى) ثم أتى بعد ذلك بالتقادم المسقط أو المبرئ فى باب اقتضاء الالتزامات (المواد ٢٠٤ - ٢١٣ / ٢٦٨ - ٢٧٧ مدنى) وذكر بهذا الباب الأخير بالمادة ٢٠٥ / ٢٦٩ مدنى بأن القواعد التى وردت بالتقادم المكسب فيما يتعلق بإيقاف المدة وقطعها تسرى هى الأخرى على التقادم المسقط . وفاته أن التشابه بين الاثنين فى الأحكام للتقادم من حيث هو لا يقف عند قطع المدة وإيقافها فقط بل يتناول التشابه أحكاماً أخرى مشتركة بين الاثنين بما فصلناه بنظرية الالتزامات^(٥)

Prescription extinctive ou libératoire (١)

Suspension (٣) Computation des délais (٢)

Interruption (٤) الالتزامات من ٤٨٠ ن ٤٨٩ وما بعدها (٥)

٣٤٩ - وللتقادم المكسب نظام من شأنه تأييد المغتصب وتثبيت يده على ما اغتصبه . وكيف يكون هذا شأن التقادم وأن يؤخذ فيه بما لا يتفق والعدالة الظاهرة ، وكيف يكون شأنه كذلك على الأكثر في أن كثيراً من الأمم المتوغلة في المدنية تأخذ به هي الأخرى ؟ وكيف يفخر الناس بفضائل هذا النظام ومنافع نظام التقادم وهو على تلك الحال من احقاق الباطل حتى نعت بأنه سيد الانظمة البشرية ودعاه الناس « بسيد الجنس البشرى »^(١) ان في تقرير هذا النظام وتبرير وجوده أسباباً وعللاً هامة جعلت الناس يحبذونه ويعملون على الاخذ به . أما هذه العلل فهي :

(١) لقد دلت التجارب على أنه اذا ظلت حالة مادية مستقرة على حال واحدة كان من اللازم على ذلك ترك الحالة كما هي وان لا يعمل فيها ما من شأنه المساس بما استقرت عليه من الحقوق الظاهرة . وفي ذلك مصلحة للنظام الاجتماعي العام اذ من مصلحة هذا النظام أن تستقر الحقوق فيما سكنت اليه وان لا يتناولها المس فيما استقرت فيه

(٢) ان المالك لشيء اذا تخلى عنه زمناً ما وتركه في يد منتفع له يعتبر أنه قد ارتكب احمالاً لا خلاف فيه . وكان مما يترتب بالطبيعة على هذا الاهمال أن ينال مرتكبه جزاءه فيه . والجزاء هو تملك الغير للشيء مع فعل الزمن

(٣) اذا غلّ الغير واضعاً يده على الشيء زمناً معيناً دون أن يطالب به صاحبه يصبح من المفروض في هذه الحالة أن صاحب الشيء أو خلفاؤه قد سبق لهم ان تصرفوا فيه بأحد أنواع التصرف . وعلى هذا الاعتبار لا يعتبر التقادم أداة من وسائل التملك انما يعتبر على الأكثر أنه أمانة على سبق تملك الشيء لسبق وجود سبب قانوني في تملكه ، ويراد بالسبب سند التملك الذي لم يوجد بعد . وهذا التعليل ينطبق في الحقيقة على نوعي التقادم ، المكسب والمبرىء ، وهو ما أشارت اليه المادة ١٣٥٠ مدني فرنسي عند سردها لأنواع القرائن^(٢)

وهذا التعليل الاخير في أن التقادم أمانة على سبق تملك الشيء بسند من قبل يمكن الاستعانة به في تعليل التقادم تعليلاً أدق مما تقدم فيما يتعلق بالوقت الحاضر. ذلك لانه طبقاً للقوانين الحاضرة تعتبر الوسيلة العادية لملك حق الملكية أو تملك أى حق عيني، هي العقد أو أى عمل آخر ناقل للملكية. فتنتقل الملكية بواسطة المقود أو الوصية أو الارث، وتنتقل من مالكيها الاصلى الحقيقى. ولكن لاجل أن ينتج العقد أو العمل المادى أثره الفعلى القانونى يجب أن يكون المملك بوجه عام مالكا لما ملكه لغيره سواء كان الغير مشترياً أو وارثاً أو موصى اليه. وعلى ذلك لا يكفي للمشتري أو الوارث في اثبات ملكيته أن يقيم الدليل على وجود عقده وسبب تملكه بل يجب عليه أيضاً أن يثبت وجود العقد أو العمل القانونى الذى تملك به المملك البائع أو المورث، وأن يثبت أيضاً أن من ملكه مملكه إنما كان يملك هو الآخر، وهكذا الى ما لا نهاية له. ولا يخفى ما في هذا التحليل التسلسلى من التعقيد واستحالة الوصول الى المقصود. لذا شرع التقادم حتى يسهل على من ادعى به أن يقيم الدليل فقط على وضع يده وضماً قانونياً صحيحاً المدة المقررة لا اكتساب الحق. ولا يعمل بعد ذلك الى اثبات الملكية السابقة والسابقة عليها وهكذا بما فيه التعجيز كل التعجيز كما هو ظاهر (١)

٣٥٠ - وقد آن لنا أن نذكر شروط التملك بالتقادم. ولما كان التقادم هو اكتساب الملكية بوضع اليد الطويل فتترتب على ذلك الشروط الآتية :

(١) أن تكون هناك وقائع مادية (٢) تفيد حقيقة وضع اليد وتمهد السبيل للتملك بمضى المدة

- (٢) مضى زمن معين، أى استمرار هذه الوقائع المادية قائمة زمناً ما
- (٣) ويجب فوق ذلك أن لا يكون قد تأثر هذا الزمن بما يحجوه أو يعطل مفعوله بفعل قطع التقادم أو إيقافه

(٤) ويجب أخيراً أن يكون قد أدلى صاحب التقادم بدفع التقادم بمباراة جلية تدل على أنه يريد التمسك به حقيقة
وانا نبين كل شرط على حدة

١٥ - الشرط الاول : الوقائع المادية التي تدل على وضع اليد المقيد

المبحث الاول : الوقائع المادية المملكة

٣٥١ - لقد سبق لنا أن ذكرنا شروط وضع اليد المقيد فلا نعود إليها .
وانا نقول هنا أنه لا محل لاشترط حسن النية بالقانون المصرى والفرنسى لاجل التملك بفعل التقادم ، لان سيء النية يملك أيضاً بمضى المدة . وعلى ذلك يعتبر الغاصب والسارق فى عداد واضعى اليد ويملكان بالتقادم اذا مضت على يدهما مدة ١٥ سنة . وعلى العكس من ذلك الحائزون العرضيون فانهم لا يملكون بالتقادم مهما طال أجل حيازتهم كما رأينا

ولا محل لان نعيد القول هنا فيما قررناه بشأن الحقوق الخاضعة للتقادم .
اذ يخضع للتقادم جميع الحقوق العينية وعلى الاقل الحقوق الاصلية منها ، وهى الملكية والانتفاع والارتفاق

٣٥٢ - التقادم والدائرة السنية : انتهى الاضطراب المالى واسفرت التحقيقات المالية التى عملت اذ ذاك باصدار قانون التصفية المهور فى ١٧ يوليو سنة ١٨٨٠^(١) وتقررت به القواعد التى يجب مراعاتها بين الحكومة ودائنها والتى

(١) وزى هنا من اللازم ان تأتى بلحة تشريعية سريعة بشأن التشريع المالى المصرى الذى مهد السبيل لقانون التصفية الصادر فى ١٧ يوليو سنة ١٨٨٠ والذى تقصر القول فيه على ماقرره بشأن التقادم وأمالك الحكومة الضامنة لسداد الدين . وهذه اللحة ضرورية للوقوف على مبلغ حكم التقادم المقرر بهذا القانون وبمد أثره فى عالم القانون المدنى .

وذلك انه لما تفاقم الخطب المالى بمصر من جراء ما اقترضته من الديون العديدة (وهى ديون الحكومة المقرضة فى سنة ٨٦٢ أو ٦٤ و ٦٨ و ٧٣ ، وديون الدائرة السنية المقرضة فى سنة ١٨٦٥ و ٦٧ و ٧٠) صدر ذكرىتو فى ٢ مايو سنة ١٨٧٦ بإنشاء صندوق الدين . وفى ٧ مايو

يجب الاخذ بها أمام القضاء . وبهنا هنا من هذه القواعد المواد ٤٠ و ٤١ و ٨٤ و ٨٦ . وتقرر بهذه المواد أن تكون ملكا للحكومة أملاك الدائرة السنية والدائرة الخاصة ، وهى الاملاك المبينة بالكشفين المرفقين بالعقد المؤرخ ١٢ يوليوسنة ٧٧ الخاص بتسوية ديون الدائرة السنية والمعقود بينها وبين دائئها من الانكليز والفرنساويين وغيرهم (المادة ٤٠) وأن تكون هذه الاملاك مخصصة لضمان دين الدائرة السنية العمومى . ولا يجوز توقيع الحجز عليها لغاية تمام استهلاك هذا الدين (المادة ٤١) . وأملاك الحكومة المبينة بذكر يتو ١٦ يونيه سنة ٨٠ تكون معتبرة من ضمن الاملاك الميرية العمومية التى لا يجوز الحجز عليها أو تملكها

سنة ٧٦ صدر ذكر يتو بتوحيد الدين . وفى ١٠ سبتمبر سنة ٧٧ صدر الأمر الملئ بالمواقة على المقدين الدين حصلا فى ١٢ و ٣١ يوليوسنة ٧٧ بين الدائرة السنية ودائئها من الانكليز والفرنساويين وغيرهم بشأن تسوية هذه الديون وكيفية تسديدها . وأرفق بعقد ١٢ يوليوكشف نمرة ١ ببيان الاملاك المرهونة وفاءلديون وهى ٤٣٤٩٧٥ فداناً وملحقاتها ، والكشف نمرة ٢ بمقدار ٥٠١٥٦ فداناً وملحقاتها . وفى ٢٧ يناير سنة ٧٨ صدر ذكر يتو بتشكيل قومسيون التحقيق الاعلى وتعين أعضاؤه بذكر يتو ٣٠ مارس سنة ٧٨ . وفى ٢٨ أغسطس سنة ١٨٧٨ تقرر انشاء مجلس النظار . وفى ٢٦ اكتوبر سنة ٧٨ تنازلت عائلة الخديوى عن أملاكها للحكومة ، وتقرر عمل قرض بمبلغ ثمانية مليون ونصف من الجنيئات الانكليزية ، وضمن هذا القرض هذه الاملاك (البالغ قدرها ٤٢٥٧٢٩ فداناً خلاف المباني) . وفى ١٠ ديسمبر سنة ٨٩٦ صدرت اللائحة الوطنية بشأن كيفية تسديد ديون الحكومة وبشكليف مجلس النظار بتنقيح لائحة النواب الاساسية والنظامية وعرضها على مجلس النواب ، واعتبار مجلس النظار مشئولا أمام مجلس النواب . وفى ٢٣ ابريل سنة ٧٩ صدر ذكر يتو بتعيين أعضاء مجلس شورى الحكومة وتحديد وظائفه . وفى ١٥ نوفمبر سنة ٧٩ صدر ذكر يتو باعتبار الاملاك التى حصل عنها التنازل من أعضاء العائلة الخديوية ضمانا لقرض ثمانية مليون ونصف من الجنيئات والمتقدم ذكره ، اعتبارها أملاكاً لا يجوز الحجز عليها ولا يمكن بيعها الا بمعرفة أعضاء قومسيون الاراضى الميرية . وفى ٣٠ نوفمبر سنة ٧٩ قدم المفتشون العموميون الاجانب المصنوع بذكر يتو ٤ سبتمبر سنة ٧٩ تقريرهم عن الحالة المالية المصرية . وفى ٢١ مارس سنة ١٨٨٠ قررت الدول الاجنبية قبول قرار لجنة التصفية بكتابة قانون نافذ أمام المحاكم المختلطة . وفى ٣١ مارس المذكور صدر أمر خديوى بتشكيل لجنة قومسيون التصفية . وفى ١٦ يوليوسنة ٨٠ صدر أمر خديوى باعتبار سراى طابدين وسراى الاسماعيلية وسراى القصر العالى ومطبعة بولاق وسراى الجزيرة وسراى الجيزة والفنادق والحمامات بمحلوان وجنينة النزهة باسكندرية وسراى الرمل وسراى قينة وسراى المنصورة ، من الاملاك الميرية المعدة للمنفعة العامة . وفى ١٧ يوليوسنة ١٨٨٠ صدر قانون التصفية العمومى المعمول به الآن أمام المحاكم ، وهو ما تقصر البحث فيه على آثار المواد ٤٠ و ٤١ و ٤٢ و ٨٤ و ٨٦ منه فقط

بعضى المدة . أما الحقوق المكتسبة والمقررة عليها قبل دكريتو ١٦ يونيو المذكور فتظل صحيحة (المادة ٨٤) . ثم قررت المادة ٨٦ ما يأتى : « ابتداء من تاريخ هذا القانون لا يقبل من أى شخص كان إقامة أى دعوى كانت على الحكومة أو على مصالحها أمام أى محكمة لأى سبب وبأى صورة كانت بخصوص الحقوق المكتسبة قبل أول يناير سنة ١٨٨٠ . . . »

ومن ذلك نرى أن هناك طائفتين من المواد ٤٠ و ٤١ من جهة ، والمواد ٨٤ و ٨٦ من جهة أخرى

(١) فى المواد ٤٠ و ٤١ من قانونه التصفية : قررت هذه المواد ضمانا للديون المطلوبة من الدائرة السنية . ويشمل هذا الضمان الاملاك المبينة بالكشفين المرفقين بعقد ١٢ يوليو سنة ٧٧ وهى ٤٣٤٩٧٥ فداناً و ٥٠١٥٦ فداناً (المادة ٤٠) وقرر عدم جواز الحجز عليها حتى الوفاء بالديون

(٢) المواد ٨٤ و ٨٦ منه قانونه التصفية . قررت هذه المواد اعتبار سراى طابدين والاسماعيلية والجزيرة الخ . . من الاملاك العامة (المادة ٨٤) وانه لا يجوز من أول يناير سنة ٨٨٠ مقاضاة الحكومة باى حق ادعى باكتسابه قبل هذا التاريخ ويجب ربط هاتين الطائفتين مع بعضهما البعض عند تفسيرهما . وعلى ذلك تنقرر القواعد الآتية :

١ — لا يجوز الحجز على الاملاك الضامنة كما أنه لا يجوز الادعاء أمام القضاء بحقوق مكتسبة عليها قبل أول يناير سنة ٨٨٠ . ولا يجوز مطالبة الحكومة بتعويض أيضاً^(١)

(١) ج ع ١ ص ٢٠٥ ن ٢٥٦٠ — ج ع ٢ ص ٢١٢ ن ٢٢٤٤ و ٢٢٤٧ ويلاحظ القضاء المحتلطي في تفسيره للمواد ٤٠ و ٤١ ربطها بالمادة ٨٦ ، أى ربط الدفع الخاص بعدم القابلية للحجز ، بالدفع الخاص بعدم جواز التمسك بالتقادم : ن ٢٥٦٠ المذكورة — انظر مع ذلك استئناف ٧ ديسمبر سنة ٩٢٢ م ر ١ ، ٢٤ ص ١٣٩ عدد ٨٣ — م ٣ ص ٥٠٥ عدد ٤٠٨ ، مرجع ص ٣٨٤ ن ١٣٩٠ وهو حكم اضطربت فيه طريقة التدليل بما يدل على عدم الاسام بالقواعد والاعتبارات التى روعيت في وضع قانون التصفية

٢ — الاملاك الضامنة غير قابلة للتملك بالتقادم بعد صدور قانون التصفية^(١)
 ٣ — ان عدم جواز الحجز لا ينصب الا على العقارات الضامنة للديون
 والمبينة بالكشفين نمرة ١ و ٢ المرفقين بمقد ١٢ يوليو سنة ٧٧ والتي أصبحت
 ملكا للحكومة^(٢)

٤ — ان الغرض من تقرير عدم جواز الحجز على الاملاك الضامنة والتي
 أصبحت ملكا للحكومة لا يرمى مطلقاً الى الافتيات على الحقوق التي تكون قد
 ترتبت للغير على هذه الاملاك بطرق قانونية مشروعة ، ولا الافتيات على القاعدة
 القائلة بأنه في حالة نقل الملكية لا يكتسب المشتري حقوقاً أكثر من الحقوق
 المقررة للبائع له^(٣) وعلى ذلك لا يجوز للدائرة السنية التمسك بدفع المادة ٨٦ القاضي
 بعدم جواز التمسك بمضى المدة اذا مضت مدة ١٥ سنة على اوضاع اليد وظهوره
 بمظهر المالك قبل تاريخ قانون التصفية^(٤)

٥ — ان الدفوع الاستثنائية المقررة بقانون التصفية الباب الثاني (وبالباب
 الثالث ايضاً) انما وضعت لمصلحة الدائنين لا لمصلحة الحكومة^(٥) . وعلى ذلك
 نقدا هذه الدفوع الاستثنائية اذا تم استهلاك الدين المضنون^(٦)

٦ — ان الدفع^(٧) المقرر بالمادة ٨٦ لا يجوز التمسك به قبل الحكومة
 ومصالحها لانه تقرر لها لا عليها^(٨)

٧ — يقول القضاء المختلط تارة ان الدفع المقرر بالمادة ٨٦ باعتباره مساوياً
 للتقادم^(٩) لا يؤخذ به الا في الدعاوى لا في الدفوع الفرعية^(١٠) . وهذا الدفع

(١) ج ١ ص ٢٠٥ ن ٢٥٦١ (٢) ن ٢٥٦٢ و ٢٥٦٤ و ٢٥٦٦ و ٢٥٦٧ من
 الجدول العشري الاول — ون ٢٢٣٠ ج ٢ ص ٢١٠

(٣) ن ٢٥٦٣ (٤) ج ٢ ص ٢١٠ ن ٢٢٣١

(٥) بنى سوف حكم استثنائي ٣٠ مارس سنة ٩١٥ عياني ص ١٧٨ ن ٨١ ، م ١ ،
 ١٦ ص ١٥٠ عدد ٩١ وعلى الاخص العامود الثاني من الصفحة ١٥١ ، والحكم لم يلم المأ
 صحيحاً بالاصول التي كانت صمدة واضع قانون التصفية . ولذا جاءت طريقة تدليله مضطربة

(٦) ج ٢ ص ٢١١ ن ٢٢٣٤ (٧) Forclusion

(٨) ج ١ ص ٢٠٧ ن ٢٥٩٠ (٩) Prescription (١٠) Exceptions

باعتباره دفعا خاصا ومن نوع خاص ^(١) لا يمكن اعتباره دفع سقوط بالمعنى الصحيح ^(٢) ما دام انه لم يرجع في تقريره الى عدم قيام صاحب الشأن باجراء أعمال معينة في وقت معين ^(٣). ويقول ايضا هذا القضاء بان الدفع المقرر بالمادة ٨٦ هو تقادم حقيقي ، وان ذلك تأيد بالمادة ٢٣ من دكرتو ٢٧ يوليو سنة ٨٥ وطورا يقول هذا القضاء بأن دفع المادة ٨٦ هو سقوط لا تقادم وانه على ذلك لا يجوز ان يقبل الايقاف قبل القصر ^(٤)

(١) Sui generis (٢) déchéance proprement dite

(٣) ن ١٥٩١ من الجدول العشري الاول

(٤) ن ٢٦٠٥ — ١١ فبراير سنة ٩٧ ، ٩ ، ١٥٣ وهو يقضى بان حق الماش الذي يستحقه الموظف قبل اول يناير سنة ١٨٨٠ ولم يرفع به صاحبه دعوى قبل ١٧ يوليو سنة ٨٥ ، يسقط بمدة السقوط . ولم يذكر الحكم اسبابا يدعم بها قوله في أن مدة المادة ٨٦ هي مدة سقوط لا مدة تقادم : انظر ص ١٥٤ للامود الاول من المجلد المذكورة — ن ٢٥٩٣ ، ٦ ديسمبر سنة ٨٨ ، ١ ، ٢٣ ، والتعليق الهام على هذا الحكم . وحجة القضاء في اعتبار دفع المادة ٨٦ تقادما prescription لا سقوطا déchéance ، وان دفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة يقطع مدة السقوط كما يقطع مدة التقادم ، ان حالة السقوط هي كحالة التقادم ورغم وجود بعض الفروق بين الحالتين ، وانه يجب أن تتمشى على السقوط أحكام التقادم السقوط . وعلى ذلك يجب أن تتمشى على السقوط القاعدة المقررة في التقادم بشأن عدم جواز التنازل عن التقادم قبل حصوله وتامه (المادة ٨٠ / ١٠٨ مدني) . ويرتب على ذلك أيضا أنه كلما تبين بان غرض الشارع ، في حالة تقريرة لحالات سقوط ، يرمى الى اعتبار هذه الحالات بمثابة وسيلة للتحرر من الدين ، أي وسيلة شائعة للتقادم ، أي أن الغرض من السقوط هو نفس الغرض من التقادم وهو اقتراض أن الدائن ترك حقه ، اذا تبين ذلك جاز أن تقطع مدة السقوط بنفس الاسباب التي تقطع بها مدة التقادم .

وذيل محررو المجلد هذا الحكم بأنه اذا جاء الشرع واشترط في رفع الدعوى بالمطالبة بحق ضرورة رفعها في وقت معين ، وجب اعتبار انقضاء هذه المدة expiration سقوطا déchéance لا تقادما prescription (أرى ورو ج ٨ ص ٤٢٦) وذلك لان من شأن تحديد مدة رفع الدعوى وتقييدها بهذا القيد أنه يترتب على عدم رفعها في المدة الميعة سقوط الدعوى بالذات ، اذ بمجرد انتهاء الزمن الميعة وانقضائه يسقط الحق في رفع الدعوى بصرف النظر عما اذا كان امالا أو رغبة من صاحب الحق في عدم رفع الدعوى . وأما بالنسبة للتقادم فان الحال على عكس ما تقدم لان انقضاء الدعوى يدل على أن هناك شرطا خارجيا condition extrinsèque وهو اهمال الدائن في رفع الدعوى في الزمن المقرر . وهذا يفسر القاعدة المقررة في اجل مدد السقوط تسرى على مفقودى الاهلية والمبلغ في آن واحد ، بخلاف مدد التقادم فانها توقف بالنسبة للمفقودى الاهلية هذا وقد حكم من محكمة اسكندرية المختلطة الكلية في ٢٢ مايو سنة ٨٨ بحكم أصبح حائزا لقوة

- ٨ - يجوز للحكومة التمسك بدفع المادة ٨٦ أمام الاستئناف حتى ولو كانت مستأنفاً عليها ولم ترفع هي استئنافاً^(١)
- ٩ - لا تقبل دعوى التعويض قبل الحكومة عن اعمال سابقة على أول يناير سنة ٨٠ اذا رفعت الدعوى بعد ١٧ يوليو سنة ١٨٨٠^(٢)
- ١٠ - ويتمشى دفع المادة ٨٦ على الحقوق العينية وحقوق الدائنية^(٣)
- ١١ - ان دفع المادة ٨٦ يتمشى فقط على الدعاوى التي ترمى الى الحكم بمجمل الحكومة مدنية والى زيادة الدين العمومى الذى عنى قانون التصفية بتحديثه وتصفيته^(٤) وعلى ذلك فلا تتمشى المادة ٨٦ على الدعاوى العينية كدعوى اثبات تحرر العقار من حق ارتفاق^(٥) تدعيه الحكومة على املاكها الضامنة للدين العمومى^(٦)

المبحث الثانى : الاعمال المادية غير المملكة أو الاعمال الناشئة

عن التسامح والتجاوز

(١) فى طبيعة أعمال التساهل والتسامح

٣٥٢ - تقررت أعمال التساهل والتجاوز^(٧) بالمادة ٢٢٣٢ فرنسى تقريراً تاماً يؤخذ به فى القانون المصرى^(٨) حيث نصت على ما يأتى : « لا ينشأ عن اعمال

الشيء المحكوم فيه بأن الدفع المقرر بالمادة ٨٦ من قانون التصفية يسرى على القصر
ثم قرر محررو المجلة بأنه يجب اعتبار الدفع المقرر بالمادة ٨٦ المذكورة (وبالمادة ٢٤ من دكرتو
٢٧ يوليو سنة ٩٥) دفعا خاصاً بالسقوط الصحيح : *déchéances proprement dite* ;
انما اضافوا على ذلك بأنه لا توجد هناك فائدة عملية من وصف السقوط المقرر بالمادة ٨٦ تقادما
ما دام أن أسباب القطع واحدة فى التقديم والسقوط
وغتموا تعليمهم بأنه توجد فى الحقيقة والواقع فروق بين السقوط والتقدم فى بعض حالات خاصة
وهذا مادعاهم الى وضع هذا البيان

- (١) ن ٢٥٩٢ (٢) ٢٥٩٦ (٣) *Droits de créance* ن ٢٥٩٨ و ٢٦٠١
(٤) ج ٢ ص ٢١٢ و ٢٢٤٨ (٥) *Action negatoire* (٦) ن ٢٦٠٧
(٧) *Actes de tolérance* أو *De pure faculté* (٨) مرجع ص ٣٩٥
ن ١٤٣٩ ، ج ٢ ص ٣٨٢ ن ٤٠٨٩ و ن ٤٠٩٨ و ص ٣٨٣ ن ٤٠٩٩

التساهل^(١) والتسامح^(٢) لا وضع يد ولا تقادم »

وأعمال التسامح البسيط^(٣) هي اعمال استغلال جزئى لاتضايق المالك للعقار كثيراً ويتساهل هذا المالك فيها نظراً لجمالة الجوار فيقبلها على عقاره فيجريها الغير على عقار المالك لا من طريق حق مقرر بل من طريق نجامة مالك العقار لجاره المالك لعقار آخر . كما اذا مكن مالك العقار الاول مالك العقار المجاور من المرور بأرضه أو من تركه لمواشيه تشرب من مسقاه . ومن البديهي أن لمالك العقار الاول الذى توقعت على عقاره هذه الاعمال الحق فى منع جاره من القيام بها . وعلى ذلك فان هذا الجار لا يملك مع الزمن مهما طال هذا الزمن أى حق ما من هذه الحقوق الارتفاقية على جاره المتسامح معه وذلك لانه لو قيل بتملك هذا النوع من الارتفاق بمرور الزمن لترتب على ذلك أن الملاك لا يتركون جيرانهم يأتون أى نوع ما من هذه الاعمال خوفاً من تملكها بالتقادم ولا يخفى ما فى ذلك من بذور العداء المتواصل والتنافر المستمر بين جيران يجب عليهم صلة بعضهم البعض بصلات الجمالة وحسن الجوار

٣٥٣— وأما أعمال التساهل^(٤) فهي اعمال استغلال أيضاً وتعتبر نتيجة لحالة قانونية سابقة مكتسبة دون أن يكون فيها اعتداء بضرر على الجار^(٥) فاذا كان للمالك منزل على شاطئ البحر وتفصله عن البحر أرض مملوكة للغير وظل هذا الغير يستفيد من النظر الى البحر مدة ١٥ سنة دون أن يقوم أمامه أى معترض من قبل الجار فلا يجوز له مع ذلك ، الادعاء بأنه اكتسب حق الارتفاق المطال على الجار فيما اذا قام هذا الجار وأراد البناء بأرضه . كما وانه لا يجوز له أيضاً الادعاء بأنه اكتسب حق ارتفاق عدم البناء ويطلب الى جاره الامتناع مطلقاً عن البناء . ذلك لان فى قيام مالك المنزل من الانتفاع بمزية النظر الى البحر فانه لم يخرج عن

(١) Actes de pure faculté
(٢) De simple tolérance
(٣) Actes de simple tolérance
(٤) Actes de pure faculté
(٥) Empiètement

كونه يستفيد هو بمنزله فقط بما لم يكن فيه أى اعتداء على الجار ، ذلك الاعتداء الذى ينقلب حقاً مشروعاً مع الزمن . ولم يدر بخلفه وقت الانتفاع العمل على سلب جزء من منافع ملك الجار وعلى تجزئة ملكية الجار . وهو لا ينجح فى مثل هذا الادعاء الا اذا جمع بين اثنين ، الشئ والنية ^(١) وحيث لا نية ولا شئ ، أو حيث الواحد دون الآخر ، فلا وضع يد ولا تقادم . وهناك مثل آخر لأعمال التسهل هذه خاص بمياه المنبع والعقار المرتفع والعقار المنخفض ومتى يكتسب هذا الأخير حق ارتفاق على الاول . اذ لا يكتسب هذا الحق الا اذا قام صاحبه بأعمال بالعقار المرتفع بالذات لا بالعقار المنخفض . لانه فى القيام بأعمال ظاهرة بالارض المرتفعة لا بالارض المرتفع بها أثناء المدة المكسبة لا يترتب عليه اكتساب حق الارتفاق بالتقادم (المادة ٦٤٢ فرنسى المعدلة بقانون سنة ١٨٩٨)

(٢) فى أثر حكم أعمال التسهل

على تملك حقوق الارتفاق بالتقادم

٣٥٤ - ان للحكم المتقدم الخاص بأعمال التسهل والنسائل أثراً ظاهراً فى بعض حقوق الارتفاق المقررة بالمادتين ٦٩٠ و ٦٩١ مدنى فرنسى واللتين يجب الاخذ بهما بالقانون المصرى باعتبار أنهما يقرران أحكاماً عامة . ومنهما يتبين أن الارتفاقات التى يمكن أن يحصل تملكها بالتقادم هى الارتفاقات المستمرة والظاهرة دون غيرها من أنواع الارتفاقات الأخرى . أما المادتان المذكورتان فهما ما يأتى . قالت أولاهما . « حقوق الارتفاق المستمرة والظاهرة تكتسب بسند أو بوضع اليد مدة ثلاثين سنة » . وذكرنا ثانيتهما ما يأتى : « حقوق الارتفاق المستمرة وغير الظاهرة ، وكذلك حقوق الارتفاق المتقطعة الظاهرة وغير الظاهرة لا يجوز حصولها الا بسند »

وهذه القاعدة فى جواز تملك حقوق الارتفاق المستمرة والظاهرة فقط هى

قاعدة أساسية تقررت حتى تكون حلا حاسما بين ما قام بالقانون الفرنسى القديم قبل وضعه سنة ١٨٠٤ من الخلاف اذ كانت تحظر بعض القوانين القديمة تملك حقوق الارتفاق بالتقادم ، أى انه ما كان يجوز لاحد قام بأعمال على ملك الغير تشبه حقوق الارتفاق أن يملكها بعد مرور زمن طويل . وقال البعض الآخر بجواز تملك حقوق الارتفاق اذا ظل العمل بها زمنا طويلا ما عدا الارتفاقات المنقطعة التى لم يتقرر فيها التملك بالتقادم الا اذا كانت مقرونة بوضع يد قديم جداً لا يعرف مبدأه^(١) . أما الآن فقد قرر القانون الفرنسى أنه يجوز تملك حقوق الارتفاق بالتقادم . هذا هو الاصل . ويستثنى من ذلك الارتفاقات المنقطعة أو غير الظاهرة اذ لا يجوز تقرير هذا النوع الا بمقد . ولا عبرة فيه بمضى الزمن الطويل الذى لا يعرف له بدء

وما هى اذن الاسباب التى دعت الى تقرير هذه القاعدة فى أن حقوق الارتفاق التى تقبل التملك بالتقادم انما هى وهى فقط المستمرة والظاهرة ؟ الحكمة فى ذلك ما يأتى :

(١) الارتفاقات المنقطعة : ذكر المشرع بولص أحد ناهى الرومان أن الارتفاقات الخلوية^(٢) لا يجوز تملكها بالتقادم لان مثل هذه الارتفاقات ليست صالحة لان تكون محلا لوضع اليد المحقق والمستمر . وقال بأنه اذا قيل بارتفاق خاص بالمرور فانه لا يستطيع أحد أن يمر بطريقة مستمرة فى طريق لا بد وأن ينقطع فيه المرور وقتاً ما . وقال بهذا رأى أيضاً أحد شارحى القانون الفرنسى القديم اذ قال بأن حقوق الارتفاق المنقطعة انما تحصل بأعمال منفردة ومنعزلة عن بعضها البعض وعلى ذلك فلا يمكن وضع اليد عليها بطريقة مستمرة

أما الشارحون الحاضرون فانهم لم يجدوا صعوبة ما فى تقرير عدم صحة هذه القاعدة من الوجهة القانونية . ذلك لانه ولو اشترط حقيقة فى وضع اليد المفيد أن يكون بطريقة مستمرة فليس معنى ذلك انه يجب القيام بالأعمال الدالة على

وضع اليد قياماً مستمراً لا يتخلله زمن ما تنقطع فيه اليد ، بل يجوز مع استمرار هذه الاعمال أن تتخللها أزمان عادية منتظمة لا تحصل فيها هذه الاعمال . وعلى ذلك يعتبر الارتفاق المتقطع كحق المرور ، حقاً قابلاً لأن يكون محلاً لوضع اليد المستمر ما دام صاحب حق الارتفاق هذا يمر في الاوقات التي يشعر فيها بالحاجة الى المرور^(١)

أما السبب الحقيقي في عدم تملك الارتفاق المتقطع فهو غير ما تقدم بيانه . ذلك لأن أحد المحضرين لقانون نابليون الموضوع سنة ١٨٠٤ قال عند التكلم على عدم جواز تملك الارتفاق المتقطع بالتقادم ، بأن مثل هذه الاعمال المنفردة والمنعزلة كالمرور بأرض الجار وشرب المواشى من مستقاة الجار وأخذ المياه من بئر ، هذه الاعمال لم تخرج عن كونها مجرد أعمال تسامح ، أى إن الجار التي وقعت بملكه هذه الاعمال لم يعول على حصولها تمويلاً ما ولم يعرها من العناية والفتات النظر شيئاً ما ، وعلى ذلك فلا يترتب لمن يجربها حق ما ، والا اذا قيل بترتب حق بسبب اجرائها مدة طويلة لكان ذلك سبباً في ايقاظه ولقت نظره ومنع حصولها ، وفي ذلك ما فيه من تقطع روابط الجوار وبذر بذور الشقاق المتواصل والتنافر المستمر . وعلى ذلك يرى الشارحون الحاضرون ان المادة ٢٢٢٩ فرنسي القائلة بشروط التملك بالتقادم من وضع يد هادئ مستمر الى آخر ذلك ، وهي المقابلة للعادة ١٠٢/٧٦ مدني مصري ليست هي التي يستعان بها في شرح المادتين ٦٩٠ و٦٩١

(١) محكمة اسكندرية حكم استئنافي ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٩ م را ، ٢٢ ص ٥٣ عدد ٢٥ . — الاقصر في ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٠ م ، ٢٢١ ص ٧٦ عدد ٤٢ . — قارن حكم محكمة الزقازيق الكلية في ٩ يونيو سنة ١٩١٥ م را ، ١٧ ص ٥٣ عدد ٤٢ حيث قرر بأنه يجب أن يلحظ في صفة الاستمرار اللازم لصحة وضع اليد المؤدى لاكتساب الملكية طيبة العقار المطلوب تملكه وليس من اللازم أن تثبت تلك الصفة بأعمال انتفاع متوالية بلا انقطاع . — م ت ق ، ١٧ ، ٢٣٢ . — الشرائع ١ ص ١٢٠ عدد ٢٤٠ . — الشرائع ٦ ص ٦١ عدد ٩ . — الشرائع ٤ ص ١٢٢ عدد ٣٩ . — واذا حال طفنان المياه دون زراعة أرض وقتاً معيناً من كل سنة فلا يمنع ذلك من توفر صفة الاستمرار في وضع اليد متى قام واضع اليد بزراعتها كل ماسمحت له الاحوال بذلك : حكم كلي ٩ يونيو سنة ١٩١٥ م را ، ١٧ ص ٢٦ ، عياشي ص ١٧٥ ن ٧٩٣

فرنسى المتقدم ذكرهما ، بل يجب الرجوع فى تفسيرها الى المادة ٢٢٣٢ فرنسى الخاصة بأعمال التسامح والتساهل . وهى التى مر ذكرها أيضاً ^(١) وهذا هو ما جرى عليه القضاء المصرى الاهلى عند ما قضى بعدم جواز تملك حق المرور بالتقادم اذ اعتبر المرور نتيجة تسامح من قبل مالك الارض محل المرور ^(٢) أما القضاء المختلط فانه لا يقول بالتقادم فى المرور لان المرور فى نظره متقطع ، والتقطع أو عدم الاستمرار حائل دون التملك . انما أجاز تملك المرور بالتقادم اذا لم يكن هناك سبيل للوصول للطريق العام الا هذا الطريق الذى حصل فيه المرور ^(٣) ولما كان التقطع فى المرور حائلاً فى نظر المختلط دون التقادم بوجه عام فهو لا يقبل تملك المرور بالتقادم حتى ولو دلت عليه أعمال تمت على وجوده وعلى الخطر المهدق بصاحب العقار المرتفق به من جراء استمرار الاستعمال . فاذا فتح صاحب العقار المرتفق باباً بملكه على ملك جاره وكان يدخل ويخرج منه الى ملك الجار ، فلا يرى القضاء المختلط مع هذه الامارات المادية القائمة جواز تملك المرور بالتقادم وهى أحكام لا يمكننا الاتصاف لها أمام ما يبيناه من الاسباب التاريخية القانونية للواد ٦٩٠ و ٦٩١ و ٢٢٣٢ فرنسى باعتبار ان هذه المواد تقرر أصولاً عامة يؤخذ بها بالقانون المضرى ^(٤) وعلى ذلك نرى انه كلما توافر فى الارتفاق شرط الظهور وشرط عدم التقطع جاز التقادم فى هذا الارتفاق . والحق يعتبر تارة ظاهراً وتارة خفياً . فيعتبر ظاهراً اذا حصل فى طريق بأرض العقار المرتفق به ودلت عليه

(١) كتابتان ص ١٨٨ .

(٢) منيا القمح ٢٩ مارس سنة ١٩١٦ م ر ١ ، ١٧ ص عدد ١٠٣ وراجع أسباب الحكم على الاخس لان ملخصه المكتوب بالجهة لا يتفق مع حقيقة الاسباب

(٣) استئناف م ٧ فبراير سنة ١٩٠٧ م ت ق ، ١٩ ، ١٠٩ وهو حكم مكتوب باللغة الايطالية

(٤) استئناف م ٢٨ مايو سنة ١٨٩٦ م ت ق ، ٨ ، ٣٠٠ (راجع أيضاً م ت ق ، ٨ ، ٣٠٠ — م ٢٠ ، ١٩٩ — م ٢٨ ، ١٠٣ — م ٧ ، ٨٦ عدد ٤٠ — م ت ق ، ٢٨ ، ٣٠١ — م ٢١ ، ١٩٩ — م ٢٨ ، ١٠٣ — م ١٧ ، ١٧٥ عدد ١٠٣ — م ٨ ، ٢٤٤)

أمارات ظاهرة . وخفياً اذا حصل في وسط المزارع دون ان يترك أثراً ينم عليه ^(١) ولذا نستطيع القول بتملك حق المرور بالتقادم اذا توافر فيه شرط الظهور وعدم التقطع ، وهما الشرطان اللذان للتقادم في حقوق الارتفاق ^(٢) ولا يصح التقادم في حق الارتفاق المستمر غير الظاهر ولا في حق الارتفاق غير المستمر سواء كان ظاهراً أم غير ظاهر اذ العبرة في تقادم حق الارتفاق بالاستمرار أو عدم الاستمرار . فاذا لم يثبت الاستمرار فلا محل وقتئذ للبحث فيما اذا كان ظاهراً أو غير ظاهر ^(٣) واذا ثبت الاستمرار فلا بد أيضاً من أمارات وأعمال خارجية تدل عليه ، سواء كانت هذه المظاهر الخارجية بالمقار المرتفق به كما في حق المرور ، أو في نفس المقار المرتفق كحق المظل ^(٤)

هذا والنسبة للارتفاقات المتقطعة لا بد من ابداء ملاحظتين هامتين :

٣٥٥ - الملاحظة الاولى : يحصل أن تكون هناك حقوق هي غير الارتفاقات المتقطعة وتعتبر في حكم اعمال التسامح . مثلاً يتفق مالك لمنزل مع جاره صاحب الارض الخالية عن البناء على أن يفتح عليه مطلا على بعد أقل من متر واحد على سبيل التسامح منه . بحيث يجوز للمالك الارض في أى وقت يريد الزام مالك المنزل بسد المظل . فاذا حصل ذلك يجب مع كل هذا أن يفترض دائماً أن صاحب المظل انما فتح المظل دون سبق اتفاق على فتحه ، وانه قد تملكه بالتقادم باعتبار أنه أراد التملك فعلاً ^(٥) . انما يجوز اقامة الدليل العكسي من جانب صاحب الارض . وهذا هو المستفاد ضمناً من المادة ٢٢٣٠ مدنى فرنسى باعتبارها تقرر قاعدة عامة اذ تقول « انه من المفروض دائماً أن الانسان انما يضع يده لنفسه خاصة وباعتباره مالكا الا اذا قام الدليل على انه انما بدأ وضع يده لاجل الغير » . وعلى ذلك يجوز لصاحب الارض أن يقيم الدليل وقت الحاجة على أن النافذة انما حصلت من طريق تسامحه هو مع جاره

(١) دى هلس ج ٤ ص ٢٠٢ ن ٣٤ (٢) دى هلس ن ٣٥

(٣) دى هلس ن ٣٥ (٤) دى هلس ن ٣٥ (٥) Animus possidendi

وعلى العكس من ذلك اذا كانت الاعمال تتم عن ارتفاق متقطع صحيح كحق المرور بأرض الغير وحق الشرب من مسقاه ، فانه من الواجب أن يفترض في هذه الحالة أن هذه الاعمال هي أعمال تسامح . ولكن يجوز قبول الدليل العكسي اما بتقديم سند دال عليه أو باقامة الدليل بوجه عام وبجميع الادلة القانونية المقررة في الاثبات بما يفيد أن حق الارتفاق المقول به وهو حق الارتفاق المتقطع ، حق اكتسبه واضع اليد بالمدة الطويلة . كأن يقيم الدليل مثلاً على أن المرور كان حاصلًا بالطريق وانه نظم الطريق على حسابه وصار يصرف عليه من وقت لآخر على سبيل العناية به كرصفه أو وضع أشجار به أو انارته بنور من عنده والى غير ذلك من الاعمال المخصصة للطريق تشخيصاً ظاهراً مما يجعله مضافاً الى ملك المارء ، ومما يجعل المالك الاصلى للطريق في حالة حذر لما يجريه أمامه وعلى مرأى من جاره المنتفع ، فاذا سكنت المالك الاصلى للطريق على تلك الحال فلا يصح اعتباره سكوته تسامحاً أو تساهلاً ، انما هو اهمال منه في المطالبة بحقه وتراخ في منع الغير من الاعتداء

٣٥٦ — الملاحظة الثانية : هناك بعض الحقوق ، كحق المرور وحق الشرب من المسقاة وحق أخذ المياه من البئر وحق أخذ الاحجار ، يصح ان ينتفع بها تبعاً للظروف كأنها حقوق ارتفاق متقطعة ومقررة على عقار الغير ، أو كأنها ملك لمن ينتفع بها . ويقع ذلك مثلاً في استعمال حرم المنزل أو ساحة المنزل أو الطريق الضيق الموصل للمنزل ، اذا كان استعمال الحرم والساحة والطريق منصرفاً الى خدمة منزلي متجاورين . ويجوز هنا أن يكون المالكان للمنزليين مالكيين أيضاً لاداة الاستعمال هذه ، الحرم وغيره ، أو يكون احدهما مالكا لها وحده وأن يكون للغير حق ارتفاق عليها . أما الملكية في ذاتها فانه من الممكن تملكها بالتقادم بخلاف الارتفاقات المتقطعة فانها لا تقبل ذلك . ولذا يقع في مثل هذه الحالة أن صاحب الشأن والمصلحة لا يقول بتملكه لاداة الاستعمال المتقدمة باعتباره احق ارتفاق ، بل يدعى تملكه لها بقدر حاجته بتملكا منصباً على حق الملكية بالذات حق لا يقع في محظور تملك الارتفاق المتقطع . أى يدعى ملكيته للجزء المجاور

لبينه والذي يستخدم عادة لخدمة هذا البيت ^(١) فإذا فرض وادعى صاحب المصلحة ملكيته لهذا الجزء اللازم لخدمة بيته دون أن يقدم سنداً يؤيد ادعاه وجب على المحكمة وقتئذ أن تدرس ظروف الحال ورؤية المازلين وما هما عليه من درجة الانتفاع بأداة الاستعمال المتقدمة ، ومبلغ ما أجراه مدعى الملكية من الاعمال على هذه الاداء ، وما اتخذ كل جار مع الآخر من حيث الصرف معاً على صيانة الطريق او الحرم . ويجب الاستعانة أيضاً تنويراً للنزاع بالاعمال القديمة التي كان يجريها كل منهما على الطريق مثلاً . واذا ما انتهت المحكمة من هذه الابحاث والامام بما حلف النزاع من ظروف حاضرة وماضية وتبين لها أن النزاع قائم على الملكية بالذات قضت بها لمن ادعاه بسبب التقادم ان ايدته الادلة والقرائن والا رفضت دعواه . واذا تبين أن النزاع مقصور في الحقيقة على حق ارتفاق منقطع وان تملكه بالتقادم مستحيل تحتم رفض الدعوى ^(٢)

٣٥٧-٢) الارتفاقات غير الظاهرة أى المستترة : يرجع السبب في عدم جواز تملك الارتفاقات المستترة بالتقادم الى ان وضع اليد فيها حاصل في الخفاء ، والخفاء عيب يشوب وضع اليد ويجعله غير مفيد أو غير منتج قانوناً كما يستفاد ذلك من المادة ٧٩/١٠٢ مدنى و٢٢٢٩ فرنسى . ومثال ذلك وضع مواسير تحت الارض أو احداث مجار تحت الارض مبنية لتصريف المياه ولا يوجد فوق الارض ما ينم على وجودها . وهذا النوع هو من الارتفاقات الايجابية ^(٣) . وأما أغلب الارتفاقات المستترة فهي من نوع الارتفاقات السلبية ^(٤) . ويراد بالارتفاق السلبى امتناع الغير عن القيام بعمل معين ، كهدم البناء ، أو عدم احداث مطلات ^(٥) . ولقد رأينا أن لا شأن للخفاء أو العلانية بهذا النوع من الارتفاق المستر السلبى .

(١) د ، ٨٤ ، ١ ، ١٢٨ - س ، ٨٤ ، ١ ، ٢٢٠

(٢) س ، ٩٠٠ ، ١ ، ٢١٥ - د ، ٩٠١ ، ١ ، ٢٩٤ - س ، ٩٠٢ ، ١ ، ٥٠٣

كبتان من ٨٨٩ Servitudes positives (٣)

(٤) Serv.négatives (٥) Servitude de prospect (د ، ٩١ ، ٢ ، ٦٩)

ذلك لأن هذه الحقوق الارتفاقية لا تنصرف الى أن يقوم صاحبها بأجراء أعمال مادية معينة على ملك الغير ، بل هي عبارة عن امتناع الغير عن القيام بما يخالف الحظر المقرر عليه . أى ان هذه الارتفاقات لا يدل على وجودها عمل مادي قائم ، انما يدل على وجودها عدم القيام بأعمال مادية تدل على ما ينقضها لوجود الارتفاق المستتر السلبى . وعلى ذلك يرى أن السبب الصحيح فى عدم جواز تملك الارتفاقات المستترة السلبية انما يرجع فى الحقيقة الى الاخذ بالمادة ٢٢٣٢ وحكمها عام كما رأينا ، وهى القائلة بأن اعمال التسامح والتساهل لا تبیح مطلقاً حق وضع اليد المملك بمضى المدة . واذا قام صاحب العقار المحمل بالحظر القانونى الخاص بعدم البناء وعدم احداث مطل ، وأحدث بناء أو مطلا وخالف بذلك ما حظر عليه ، وظل منتفعاً طول المدة وهى ١٥ سنة فلا يجوز له الادعاء بأنه اكتسب حق البناء والمطل على الجار بمضى المدة المكتسبة للحقوق العينية ، أو بعبارة أخرى لا يجوز له الادعاء بزوال الحظر القانونى عنه بمضى المدة باعتبار أن مخالفته للحظر ظلت ١٥ سنة : لا يجوز له ذلك لأن قيامه بأعمال مخالفة للحظر القانونى المقرر عليه انما هو آت من قبيل تساهل الجار له فى احداث المطلات ^(١) حيث ان الجار لم يشعر باضرار ما طالما أن أرضه خالية البناء . على أنه لا يفوتنا القول هنا بأن المسئلة أيضاً مسئلة موضوعية ترجع فى تكييفها تكييفاً صحيحاً الى ظروف النزاع وما اكتنفه من شؤون شتى . لأن هذا الارتفاق المستتر السلبى يصبح مع ظروف خاصة ارتفاقاً ظاهراً مع بقاءه سلبياً وذلك معقود بزوال فكرة التساهل والتسامح عند الجار (وهنا يصح لنا ان نلاحظ بأن التناقض الظاهرى بين احكام المحاكم المصرية فيما يتعلق بالاستتار والتقطع فى حقوق الارتفاق انما يرجع لما يحيط النزاع من الظروف الخاصة . فاذا ظهر بأن حق الارتفاق كالمروور كما بيناه فى مكانه ، أو فتح شبك على الجار ^(٢) قد حصل وظل قائماً من طريق تسامح الجار ، فلا تملك بالتقادم .

(١) كاتان ص ٨٩٠

(٢) فيما يتعلق بالشبك أنظر استئناف م ٢١ مايو سنة ١٨٨٩ م ت ق ، ١٠ ، ٧٥ والتعليق على الحكم اذا أجاز الحكم تملك حق الارتفاق هذا بالتقادم باعتباره مستمراً وظاهراً

وأما اذا تبين العكس بالمظاهر والامارات التي اشرنا اليها بما لا يتفق مطلقاً مع التسامح من جانب الجار صح التملك بالتقادم

§ ٢ - الشرط الثاني : في زمن التقادم

وحساب هذا الزمن

٣٥٨ - حساب الزمن ^(١) في التقادم يرجع لقواعد قررهما القانون وجرى عليها العمل وهي :

(١) لا تحتسب مدة التقادم بالساعة (المادة ٢٢٦٠ مدنى فرنسى وحكمها عام) . ولا تحتسب كسور اليوم . وعلى ذلك فلا يحسب أول يوم من أيام وضع اليد ^(٢) أى لا يدخل ضمن مدة التقادم

(٢) تتم مدة التقادم بآخر يوم لوضع اليد . أى ان هذا اليوم ^(٣) يحسب ضمن المدة (المادة ٢٢٦١ مدنى فرنسى وحكمها عام)

(٣) أيام الاعياد ^(٤) تحتسب ضمن مدة التقادم أى هى وايام العمل سواء ^(٥)

٣٥٩ - في كيفية احتساب المدة : يتعامل الناس في مصر بالتاريخ الهجرى والتاريخ الميلادى والقبطى . ويغلب الاخير في المعاملات الزراعية، والثانى في غير ذلك من المعاملات التجارية والمدنية . وأما الاول فالعمل به نادر

واذا اختلفت التواريخ كما نرى فها هو اذن التاريخ الذى رجع اليه حينئذ الشارع المصرى في احتساب مدة التقادم مكسباً كان أو مستقطاً ؛ لم يقرر الشارع قاعدة عامة يؤخذ بها في جميع الاحوال . الا أنه قرر بالمادة ٢٢١١/٢٢٥ مدنى بأنه يرجع الى السنة الهلالية ^(٦) في احتساب المرتبات والفوائد والمعاشات والاجر وكل ما يستحق دفعه سنوياً أو أقل من سنة . وربما يتبادر الى الذهن بأن

(١) Computation des délais (٢) Dies a quo

(٣) Dies ad quem (٤) Jours fériés (٥) Jours ouvrables

(٦) Calendrier arabe

مدة وضع يده المدة التي وضع فيها يده من نقل اليه وضع اليد، أي يضم الى مدة وضع يده مدة من سبقه وملكه^(١). وفي ذلك تقول المادة ١٠٣/٧٧ مدني و٢٢٣٥ فرنسي ما يأتي : « يجوز لواضع يده على العقار أو الحقوق العينية أن يضم لمدة وضع يده من انتقل منه اليه ». وذلك مهما كان نوع انتقال اليد سواء كان الانتقال عاماً^(٢) كالوارث أو خاصاً^(٣) كالشترى، أي بمقابل^(٤) أو بلا مقابل^(٥). والسبب في تقرير هذه القاعدة أن الاشياء لا تستقر دائماً في يد واحدة بل هي تنتقل من يد الى أخرى في مجال المعاملات، أو لسبب الوفاة. أما اذا كانت القاعدة على عكس ما تقدم وتقرر أن يكون لكل واضع يد مدة معينة ومكسبة له خاصة لترتب على ذلك ندور اكتساب الملكية بوضع اليد. والغرض الاول للشارع من تقرير قاعدة الضم هو تثبيت يد المالك الحاضر على ملكه حتى تتأيد بذلك أيضاً جميع الحقوق التي تتقرر عليها للغير

واذا جاز الضم في مدد التقادم فتي يعتبر أن هناك انتقالاً في اليد^(٦) أو توارثاً فيها^(٧) حتى يصبح هذا الضم، ومتى يقال بأن هناك مملكا^(٨) وخلفاً^(٩)؛ فهل يصبح الضم اذا قيل بالانتقال الارادي^(١٠) بفعل العقد وأثر الوصية، وبالانتقال القانوني^(١١) بفعل الارث بلاوصية^(١٢)، كما تشير بذلك المادة الفرنسية ٢٢٣٥، أم أنه يجب التعميم في الانتقال وانه يجوز الضم مهما كان سبب الانتقال في الشيء من اليد السابقة الى اليد اللاحقة، حتى ولو كان الانتقال عرضياً فجائياً بين جملة حائزين لشيء واحد؟ نلاحظ أن القانون المصري لم يشر بالمادة ١٠٣/٧٧ المذكورة الى نوع الانتقال العام أو الخاص الذي أشارت اليه المادة الفرنسية ٢٢٣٥ كما ذكرنا ولكن مع عدم الاشارة الى التخصيص، واطلاق القول بما يفيد التعميم فإن هناك بياناً لا بد منه

Jonction ou accession des possessions (١)

à titre particulier (٣) à titre universel (٢)

Transmission (٦) [à titre lucratif (٥) à titre onéreux (٤)

Ayant cause (٩) Auteur (٨) Succession (٧)

Succession ab intestat (١٢) Légale (١١) Volontaire (١٠)

١ — ولنبدأ أولاً بحالة لا محل للشك فيها وهي . اذا فرض واغتصب زيد شيئاً مملوكا الغير ثم جاءه بكر واغتصبه منه هو الآخر . فهل يجوز ، اذا جاء المالك الحقيقي وطلب تثبيت ملكيته للشيء أن يدفع بكر الفاصب الثاني الدعوى قبله بوضع اليد باحتساب مدته مضمومة الى مدة زيد الفاصب الاول ؟ طبعاً لا . والسبب في ذلك أنه لا توجد رابطة قانونية ما يرتبط بها زيد مع بكر

٢ — واذا فرض بأن واضع اليد الحاضر قد وضع يده عقب وضع يد شخص سابق عليه ، ثم أخذ الحاضر حكماً على السابق بامتلاكه للشيء في دعوى تثبيت ملكية نظرت بين الطرفين . وكانت الحقيقة أنه لا يملك واحد منهما الشيء المتنازع عليه ، انما يملكه شخص ثالث . ثم جاء الشخص الثالث ورفع هو الآخر دعوى تثبيت ملكيته للشيء ضد من حكم له . فهل يجوز لمن سبق الحكم له هذا أن يدفع دعوى المالك الحقيقي بالتملك بمضى المدة ، والاستعانة في ذلك بمدة وضع يده هو ، ومدة وضع يد الشخص السابق عليه المحكوم ضده ؟ اننا لو نظرنا الى علاقة المحكوم له بالملكية بخصمه الاول المحكوم ضده فلا نجد بين الاثنين رابطة قانونية بحيث يصبح معها ربط المدينين وضمهما الى بعضهما . بل على العكس من ذلك فاننا نلاحظ أن الحق المحكوم به لمن حكم له ينتفى تمام الانتفاء مع ما قيل من الحق لمن حكم ضده . أى أن الصلة بين الاثنين منقطعة . وكلاهما أجنبي عن الآخر . لان في الحكم لمن قضى له معنى زوال كل حق لمن قضى عليه . فكيف مع هذا يستند الحقان الى بعضهما البعض . على أن في الحكم بالحق لواحد منهما تأييدا للحق لديه ، ونقياً للحق لدى خصمه . وعلى ذلك فلا يعتبر واضع اليد الثاني ، وهو المستغل للشيء المحكوم له به ، خلفاً لواضع اليد الاول . ولكن الرومان وهم يعملون تحت سلطان تأثير العقد القضائي^(١) ، وهو العقد الذى يقع بمجرد تقاضى المتخاصمين أمام القضاء ، يقررون جواز الضم في هذه الحالة . على اننا لا نستطيع بحال أن نقول اليوم بما قاله الرومان بالأمس . وذلك لأن واضع اليد


Bibliotheca Alexandrina
0245888